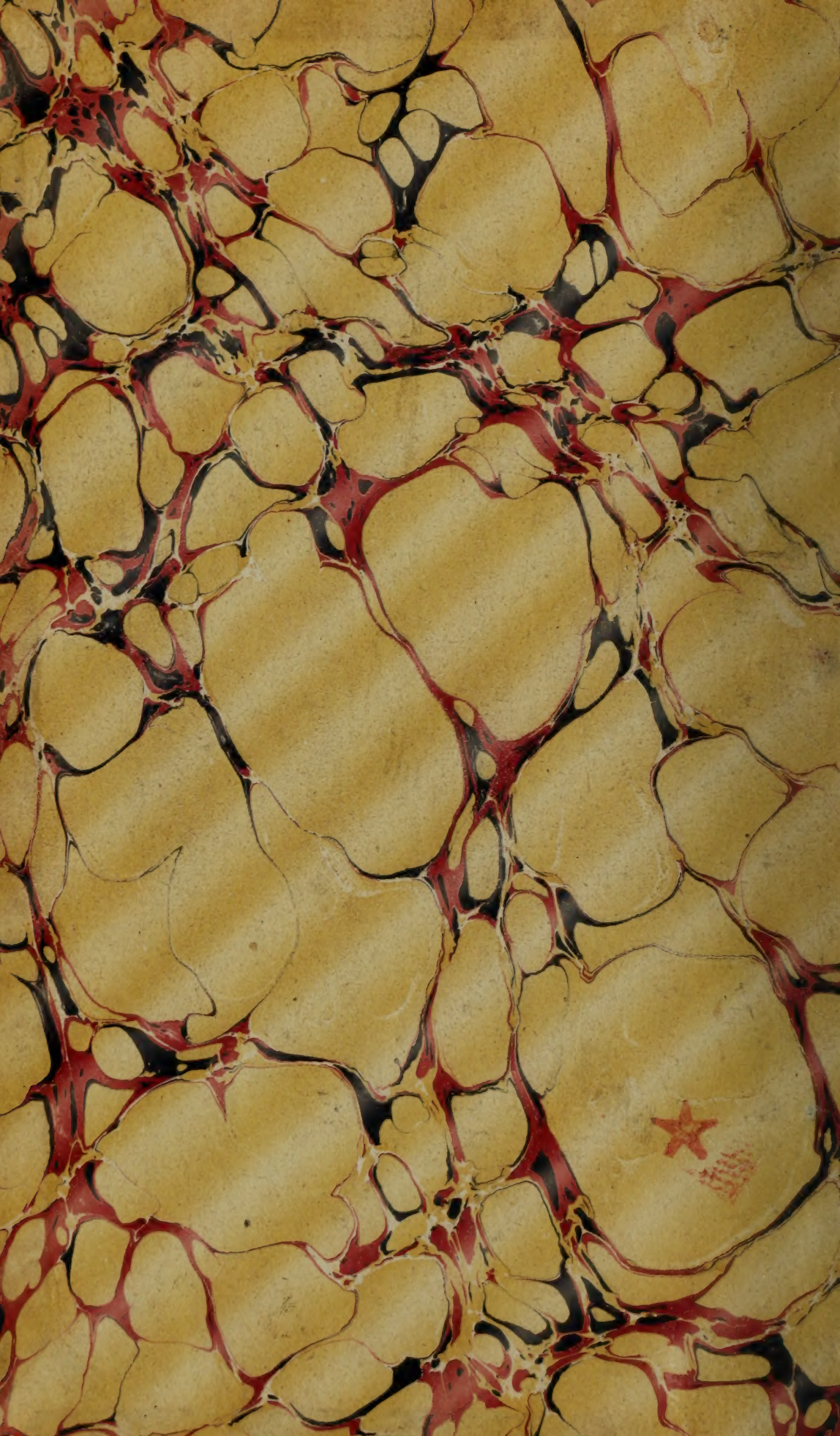


Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

Digitized by the Internet Archive
in 2011 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/traitdesprivil02guil

TRAITÉ

DES

PRIVILÈGES & HYPOTHÈQUES

II

OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

Etude sur l'action Paulienne. 1869, 1 vol. in-8.

De l'origine de la Clameur de Haro. 1872, 1 broch. in-8.

Etude sur la condition des Lépreux au moyen-âge, notamment d'après la coutume de Normandie. 1875, 1 vol. in-8.

Recherches sur les Colliberts. 1878, 1 vol. in-8. (Ouvrage récompensé par l'Institut, Académie des Inscriptions et Belles-Lettres.)

Traité du contrat de Mariage (Livre III, Titre V du Code civil). *Troisième édition,* 1895-1896, 4 vol. in-8.

Traités de la Vente et de l'Echange (Livre III, Titres VI et VII du Code civil). *Deuxième édition,* 1890-1891, 2 vol. in-8.

Traité du contrat de Louage (Livre III, Titre VIII du Code civil). *Troisième édition,* 1891, 2 vol. in-8.

Traité du contrat de Société (Livre III, Titre IX du Code civil). *Deuxième édition,* 1892, 1 vol. in-8.

Traités du Prêt, du Dépôt et du Séquestre (Livre III, Titres X et XI du Code civil). *Deuxième édition,* 1893, 1 vol. in-8.

Traités des Contrats aléatoires et du Mandat (Livre III, Titres XII et XIII du Code civil). *Deuxième édition,* 1894, 1 vol. in-8.

Traités du Cautionnement et de la Transaction (Livre III, Titres XIV et XV du Code civil). *Deuxième édition,* 1895, 1 vol. in-8.

Traités du Nantissement et du Droit de Rétention (Livre III, Titre XVII du Code civil). *Deuxième édition,* 1896, 1 vol. in-8.

Imprimerie CAVANIOL. — Chaumont (Haute-Marne).

TRAITÉ

DES

PRIVILÈGES & HYPOTHÈQUES

LIVRE III, TITRES XVIII ET XIX DU CODE CIVIL

PAR

L. GUILLOUARD

Professeur de Code Civil à l'Université de Caen,
Bâtonnier de l'Ordre des Avocats à la Cour d'Appel.

TOME DEUXIÈME

(Articles 2103 à 2133.)

DEUXIÈME ÉDITION

PARIS

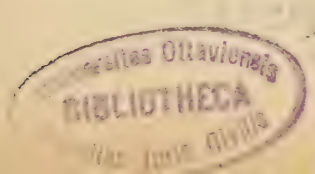
A. PEDONE, Éditeur

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, RUE SOUFFLOT, 13

1898

Droits de traduction et de reproduction réservés.



KJV
2155.8
.G838
1898
v.2

BIBLIOGRAPHIE

TRAITÉ DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES

TOME DEUXIÈME. — *Articles 2103-2133.*

Accarias. — Précis de droit romain, 4e édit. Paris, 1886-1891, 1 vol. in-8.

Amiaud. — Explication de la loi du 5 août 1881, 1 br. in-8.

Appert. — Note, Sirey, 1894, I, 287.

Aucoc. — De l'hypothèque sur les chemins de fer. (Revue critique, 1896.)

Bacquet. — Des droits de justice, Lyon, 1744, 2 vol. in-fol.

Baudry-Lacantinerie et de Loynes. — Des privilèges et hypothèques, Paris, 1896, 3 vol. in-8.

Basnage. — Des hypothèques, Rouen, 1724, 1 vol. in-4.

Bellefeuille (de). — Code civil du Bas-Canada, Montréal, 1866, 1 vol. in-16.

Benech. — De l'emploi et du remploi de la dot sous le régime dotal, Paris, 1847, 1 vol. in-8.

Bertauld. — De l'hypothèque légale sur les conquêts. (Revue critique, 1864, page 392.) — Questions pratiques et doctrinales de Code civil, Paris, 1867, 1 vol. in-8.

Bonfils. — Compétence des tribunaux français, Paris, 1895, 1 vol. in-8.

Bonnier. — Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel, Paris, 1888, 1 vol. in-8.

Bourjon. — Droit commun de la France, Paris, 1770, 2 vol. in-fol.

Bravard-Veyrières et Demangeat. — Traité de droit commercial, Paris, 1862-1865, 6 vol. in-8.

Brésillon. — Note, Dalloz, 1889, 1, 321.

Brodeau sur Louet. — Recueil de plusieurs notables arrests donnez en la Cour du parlement de Paris. Paris, 1678, 2 vol. in-fol.

Cabrye. — Du droit de rétention, Paris, 1860, 1 vol. in-8.

Capmas. — De la révocation des actes faits par le débiteur en fraude des droits du créancier, Paris, 1847, 1 vol. in-8.

Carette. — Note, Sirey, 1838, 1, 198.

Challamel. — De l'hypothèque judiciaire, Paris, 1881, 1 vol. in-8.

Charondas le Caron. — Mémorables observations de droit français, Paris, 1614, 1 vol. in-4.

Chauveau et Carré. — Lois de la procédure, Paris, 1880-1888, 13 vol. in-fol.

Colmet de Santerre. — Voir Demante.

Defrénois. — Commentaire de la loi du 5 août 1881, 1 br. in-8.

Demangeat. — De la condition des étrangers en France, Paris, 1844, 1 vol. in-8.

Demante. — Cours de Code civil continué depuis l'art. 980 par Colmet de Santerre, Paris, 1849-1884, 8 vol. in-8.

Demolombe. — Cours de Code civil, Paris, 1860-1882, 31 vol. in-8.

Denisart. — Collection de décisions nouvelles, Paris, 1775, 4 vol. in-4.

Domat. — Les lois civiles, Paris, 1756, 1 vol. in-fol.

Ducrocq. — Droit administratif, Paris, 1877, 2 vol. in-8.

Dumoulin. — Extricatio labyrinthi divid. et individ., Paris, 1681, 5 vol. in-fol.

Duranton. — Cours de droit français suivant le Code civil, Paris, 1844-1845, 22 vol. in-8.

Faustin Hélie. — Traité de l'instruction criminelle, Paris, 1866-1867, 8 vol. in-8.

Fenet. — Recueil des travaux préparatoires du Code civil, Paris, 1827-1829, 15 vol. in-8.

Ferrière. — Dictionnaire de droict et de pratique, Toulouse, 1779, 2 vol. in-8. — Compilation de tous les commentaires sur la coutume de Paris, Paris, 1685, 3 vol. in-fol.

Flandin. — De la transcription, Paris, 1861, 2 vol. in-8.

Folleville (de). — De la vente de la chose d'autrui, Paris, 1873, 1 vol. in-8.

Foucart. — Droit administratif, Paris, 1856, 3 vol. in-8.

Fremy-Ligneville et Perriquet. — Législation des bâtiments, Paris, 1881, 2 vol. in-8.

Fribourg (Code civil du canton de). — Fribourg, 1840, 1 vol. in-8.

Garsonnet. — Note, Dalloz, 1892, II, 145.

Gerbault et Dubourg. — Code des droits successoraux des époux, Paris, 1892, vol. in-18.

Gillard. — De l'hypothèque conventionnelle, Paris, 1892, 1 vol. in-8.

Glasson. — Du droit de rétention, Paris, 1862, 1 vol. in-8.

Grenier. — Des hypothèques, Paris, 1829, 2 vol. in-4.

Griolet. — De l'autorité de la chose jugée, Paris, 1868, 1 vol. in-8.

Grivart. — Rapport présenté le 21 mars 1874, à l'Assemblée nationale.

Grotius. — De jure pacis et belli, traduction Pradier-Fodéré, 1865-67, 3 vol. in-8.

Guillouard. — Traité du contrat de mariage, Paris, 1895-1896 (3e édition), 4 vol. in-8. — Traité du contrat de louage (3e édition), Paris, 1891, 2 vol. in-8. — Traités de la vente et de l'échange (2e édition), Paris, 1880-91, 2 vol. in-8. — Traité du contrat de société (2e édition), Paris, 1894, 1 vol. in-8. — Traités des contrats aléatoires et du mandat (2e édition), Paris, 1894, 1 vol. in-8. — Traités du cautionnement et de la transaction (2e édition), Paris, 1895, 1 vol. in-8. — Traités du nantissement et du droit de rétention, Paris, 1896 (2e édition), 1 vol. in-8.

Guy Coquille. — Coutume du Nivernais, Paris, 1703, 2 vol. in-fol.

Japon (Code civil du). — Traduction officielle, Tokio, 1891, 1 vol. in-8.

Jouitou. — Etude sur le système du régime dotal sous le Code civil, Paris, 1882, 2 vol. in-8. — De la restriction à l'hypothèque de la femme, Paris, 1892, 1 vol. in-8.

Jourdan, Decrusy et Isambert. — Recueil des anciennes lois françaises, Paris, 1829, 17 vol. in-8.

Labbé. — De la ratification des actes d'un gérant d'affaires. — Notes : Sirey, 1865, 1, 61 ; Sirey, 1870, 1, 5 ; Sirey, 1871, 2, 193 ; Sirey, 1875, 2, 257 ; Sirey, 1889, 1, 401.

Laborie. — Rapport à la Cour de cassation, 24 juin 1857, Sirey, 57, 1, 438.

Larombière. — Des obligations, Paris, 1857, 5 vol. in-8.

Laurent. — Principes de droit civil français, Paris et Bruxelles, 1869-1878, 33 vol. in-8.

Lebrun. — Des successions, Paris, 1743, 1 vol. in-fol.

Le Courtois. — Dissertation. (France judiciaire, 1885-1886, 1, 285.)

Lemaire. — Rapport à la Cour de cassation, 15 novembre 1892, Dalloz, 1893, 1, 37.

Lepelletier. — Code civil portugais, Paris, 1894, 1 vol. in-8.

Levé. — Code civil espagnol, Paris, 1890, 1 vol. in-8.

Locré. — Esprit du Code de procédure, Paris, 1816, 5 vol. in-8.

Loisel. — Institutes coutumières, Paris, 1846, 2 vol. in-12.

Louis Lucas. — Note, Pandectes françaises, 1894, 2, 33.

Loynes (de). — Notes, Dalloz, 94, 1, 230, et Dalloz, 94, 2, 25.

Loyseau. — Du déguerpissement, Paris, 1621, 1 vol. in-8.

Lyon-Caen et Renault. — Traité de droit commercial, Paris, 1889-1897, 7 vol. in-8.

Lyon-Caen. — Note, Sirey, 75, 2, 129 ; Note, Sirey, 79, 1, 49.

Marcadé. — Explication du Code civil, Paris, 1872-1884, 13 vol. in-8.

Martou. — Des privilèges et hypothèques, Bruxelles et Paris, 1863, 4 vol. in-8.

Massé. — Note, Sirey, 1852, 1, 189.

Merlin. — Répertoire, Paris, 1827-1828, 18 vol. in-4.

Michaud. — Notes, Sirey, 1894, 1, 456, et 2, 1.

Milhaud. — Des conflits de lois en matière de privilèges et d'hypothèques, Paris, 1885, 1 vol. in-8.

Mourlon. — Examen critique du commentaire de M. Troplong sur les privilèges et hypothèques, Paris, 1855, 2 vol. in-8.

Pardessus. — Droit commercial, Paris, 1856-1857, 4 vol. in-8.

Pascaud. — Les obligations civiles à ordre. (Revue critique, 1882.)

Persil. — Régime hypothécaire, Paris, 1833, 2 vol. in-8.

Planiol. — Notes, Dalloz, 1890, 2, 273 ; Dalloz, 1894, 1, 57.

Pont. — Des privilèges et hypothèques, Paris, 1876, 2 vol. in-8. — Des petits contrats, Paris, 1877, 2 vol. in-8.

Pothier. — Du contrat de société ; — de la vente ; — des hypothèques de la communauté ; — de la procédure civile ; — introduction à la coutume d'Orléans ; — édition Beugnet, Paris, 1867, 10 vol. in-8.

Renusson. — De la communauté, Paris, 1780, 1 vol. in-8.

Rodière et Pont. — Du contrat de mariage, Paris, 1865-1869, 3 vol. in-8.

Rodière. — Note, Sirey, 1857, 2, 753.

Serrigny. — De l'organisation et de la compétence administrative, Paris, 1865, 3 vol. in-8.

Servais. — Les Codes belges, Bruxelles, 1887, 1 vol. in-32.

Swarte. — De la comptabilité occulte, Paris, 1884, 1 vol. in-8.

Tessier. — De la dot, Paris, 1835, 2 vol. in-8.

Thézard. — Du nantissement ; — Des privilèges et hypothèques ; — Paris, 1880, 1 vol. in-8.

Thiry. — Cours de droit civil, Liège, 1892-1893, 4 vol. in-8.

Trescaze, Hourcade et Laussucq. — Contentieux des contributions indirectes, Poitiers, sans date, 2 vol. in-8.

Troplong. — Des privilèges et hypothèques, Paris, 1854, 4 vol. in-8. — Du louage, Paris, 1859, 2 vol. in-8.

Valette. — Des privilèges et hypothèques, Paris, 1846, 1 vol. in-8. — Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation, Paris, 1880, 2 vol. in-8.

Vareilles Sommières (de). — L'hypothèque judiciaire, Paris, 1872, 1 vol. in-8.

Voet. — Ad Pandectas, Genève, 1757, 2 vol. in-folio.

Wahl. — Notes, Sirey, 1890, 2, 93; Sirey, 1895, 2, 25.

Weiss. — Traité de droit international privé, Paris, 1890, 1 vol. in-8.

DES PRIVILÈGES & HYPOTHÈQUES

Livre III, Titre XVIII du Code civil.

PREMIÈRE PARTIE

DES RÈGLES PARTICULIÈRES AUX PRIVILÈGES (Suite).

CHAPITRE II

DES PRIVILÈGES SUR LES IMMEUBLES.

449. — Les privilèges sur les immeubles, dont nous allons nous occuper dans ce chapitre, ne sont autre chose que des *hypothèques privilégiées*, indivisibles comme elles, donnant comme elles un droit de suite contre les tiers détenteurs, et assurant aux créanciers auxquels la loi les attribue le droit d'être préférés aux créanciers hypothécaires. Cette assimilation du privilège et de l'hypothèque est rendue évidente par l'article 2113, aux termes duquel les créances privilégiées dont l'inscription n'a pas été régulièrement prise ou conservée « ne cessent pas néanmoins d'être hypo- « thécaires ».[1]

Ce droit de préférence attribué aux privilèges à l'encontre des hypothèques s'explique lorsqu'il s'agit des frais de justice, qui ont été utiles à tous les créanciers auxquels on les oppose ; il s'explique encore pour les privilèges spéciaux de l'article 2103, qui reposent, comme nous le ver-

[1] Compar. *Suprà,* Tome I, n° 172. — *Adde* Valette, *Des Privilèges et Hypothèques,* n° 16 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 25.

rons, sur l'idée d'un droit réel retenu ou d'une augmentation de valeur procurée au patrimoine du débiteur. Mais lorsqu'il s'agit des autres privilèges généraux de l'article 2101, frais funéraires, etc., ces privilèges, dont rien ne révèle l'existence, constituent un danger pour les créanciers hypothécaires.

Aussi la loi belge du 16 décembre 1851 a-t-elle eu raison, selon nous, de supprimer, comme elle l'a fait dans son article 19,[1] la préférence donnée sur les immeubles aux privilèges généraux de l'article 2101 autres que les frais de justice, et de décider seulement qu'une fois les créanciers privilégiés sur les immeubles ou hypothécaires désintéressés, le reliquat du prix, s'il en reste un, sera affecté de préférence au paiement de ces créances.

450. — Le rapprochement que nous venons de faire entre le privilège sur les immeubles et l'hypothèque, au point de vue de leurs effets, doit être fait aussi au point de vue des biens sur lesquels portent ces deux droits de préférence. Comme nous l'avons dit en étudiant les principes communs aux privilèges et aux hypothèques,[2] le mot « im- « meubles » n'est défini nulle part dans le Code lorsqu'il s'agit de privilèges, tandis que, dans la matière des hypothèques, l'article 2118 indique quels sont les biens immeubles sur lesquels elles peuvent porter, et il est nécessaire de se référer à ce texte pour y trouver la règle commune à toutes les causes de préférence sur les immeubles. Nous nous bornons en ce moment à poser le principe de cette corrélation, en renvoyant pour l'explication de l'article 2118 au chapitre III, *Des règles particulières aux hypothèques*.

451. — Nous étudierons, à propos du privilège sur les immeubles, les deux points suivants :

I. — *Des privilèges généraux sur les immeubles ;*

II. — *Des privilèges spéciaux sur les immeubles.*

[1] Voir *Suprà*, Tome I, n° 64.

[2] *Suprà*, Tome I, n° 157.

SECTION I

Des privilèges généraux sur les immeubles.

452. — Aux termes de l'article 2101, les privilèges qui s'étendent sur tous les immeubles sont ceux de l'article 2101. Les motifs de faveur qui ont conduit les rédacteurs du Code à accorder aux créances énumérées dans cet article un privilège général sur les meubles[1] les ont amenés à l'étendre aux immeubles, et nous venons de dire que c'est à bon droit que la loi belge a supprimé sur les immeubles ces privilèges occultes : il convient de remarquer toutefois que la modicité relative des créances de l'article 2101 explique, si elle ne la justifie pas, l'extension donnée par notre Code civil à ces privilèges.

A cette nomenclature il faut ajouter le privilège accordé aux ouvriers et aux commis par le nouvel article 549 du Code de commerce, et qui, d'après ce texte, doit être admis « au même rang que le privilège établi par l'article 2101 « du Code civil », par conséquent sur les immeubles comme sur les meubles.

Ajoutons que c'est une question très controversée que de savoir s'il ne convient pas de comprendre parmi ces privilèges la séparation des patrimoines, qui, d'après une théorie dont nous aurons à apprécier la valeur, constituerait un

[1] *Suprà*, Tome I, n° 178.

privilège général sur les meubles et les immeubles de la succession, au profit des créanciers de la succession contre les créanciers personnels de l'héritier. Nous signalons seulement cette question, qui trouvera sa place dans la seconde partie de ce *Traité*, lorsque nous expliquerons la portée de l'article 2111 du Code civil.

453. — En ce qui concerne le privilège des frais de justice et son extension sur les immeubles, il importe de ne pas s'écarter du principe essentiel que nous avons posé à propos de ce privilège, à savoir qu'il est opposable exclusivement aux créanciers auxquels les frais faits ont été utiles.[1] Il en résulte que le créancier pour frais de justice, qui a exercé son privilège sur la masse mobilière, ne pourra, malgré la généralité des termes de l'article 2104, se présenter sur la masse immobilière que si les frais dont il réclame le paiement ont été utiles à celle-ci.

La jurisprudence a eu plusieurs fois à faire l'application de ce principe à propos des frais d'administration de la faillite réclamés par le syndic : ces frais, privilégiés à l'égard de la masse chirographaire à laquelle ils ont été utiles, ainsi que nous l'avons dit,[2] ne jouiront d'aucun privilège sur le prix des immeubles, à moins qu'il ne s'agisse de frais spéciaux qui aient été utiles à ces immeubles, frais de procès les concernant et soutenus par le syndic, frais de réparations aux immeubles, etc....[3]

454. — L'article 2105 assigne aux privilèges généraux de l'article 2101, lorsqu'ils viennent sur les immeubles, un effet particulier qu'il importe de bien préciser : « Lorsqu'*à* « *défaut de mobilier* les privilégiés énoncés en l'article pré-

[1] *Suprà,* Tome I, nos 185 et suiv.

[2] *Suprà,* Tome I, n° 186.

[3] Paris, 27 avril 1836, Sirey, 36, II, 315 ; Bordeaux, 20 août 1836, Sirey, 37, II, 212 ; Limoges, 9 janvier 1841, Sirey, 42, II, 270 ; Cassation, 8 mars 1848, Dalloz, 48, IV, 304 ; Nîmes, 20 juillet 1858, sous Cassation, 13 avril 1859, Sirey, 60, I, 170, et Dalloz, 59, I, 447. — Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 67 ; Laurent, XXIX, n° 349.

« cédent, dit ce texte, se présentent pour être payés sur le « prix d'un immeuble *en concurrence avec les créanciers pri-* « *vilégiés sur l'immeuble*, les paiements se font, etc... » Quelle est la portée de cette disposition ? Assigne-t-elle aux créances privilégiées de l'article 2101, lorsqu'elles viennent sur les immeubles, un caractère *subsidiaire*, de manière qu'elles ne soient colloquées sur le prix des immeubles qu'après avoir pris la part pouvant leur revenir dans la masse mobilière ?

M. Colmet de Santerre affirme que tel n'est pas le caractère de la disposition de l'article 2105. D'après l'éminent jurisconsulte, ce texte n'a d'autre but que d'obliger les créanciers à privilège général, lorsqu'ils doivent concourir avec les créanciers ayant un privilège spécial sur les immeubles, à se présenter à la distribution du prix des meubles et à défalquer ce qu'ils y obtiendront de leur demande de collocation sur les immeubles ; mais vis-à-vis de toutes autres personnes, soit des créanciers chirographaires, soit même des créanciers hypothécaires, ils peuvent se présenter immédiatement sur la masse immobilière et s'y faire colloquer intégralement sans avoir à tenir compte de ce qu'ils auraient pu recevoir sur le prix des meubles.

M. Colmet de Santerre reconnaît qu'il en était autrement sous la loi du 11 Brumaire an VII, mais il fait remarquer que les termes de l'article 11 de cette loi, « les privilèges... ne « seront exercés que *subsidiairement, et en cas d'insuffi-* « *sance du mobilier* », sont bien différents de ceux des articles 2104 et 2105. Le premier de ces textes donne à ces créanciers un privilège général, sans aucun caractère subsidiaire, et le second, prévoyant uniquement le concours des créanciers à privilège général et à privilège spécial sur les immeubles, se borne à dire que dans ce cas les premiers devront se présenter à la masse mobilière, mais, pour toutes les autres hypothèses, le privilège reste avec le caractère absolu que lui imprime l'article 2104. Il ajoute qu'en ce qui

concerne les créanciers chirographaires, cette solution du Code est tout à fait équitable, car il leur importe peu de rencontrer les créanciers à privilège général sur la masse mobilière ou sur la masse immobilière, ils ne subiront toujours qu'une fois la préférence de la créance à privilège général ; et, pour les créanciers hypothécaires, il n'y avait aucune raison d'obliger les créanciers privilégiés à discuter les meubles pour leur causer un moindre dommage : la loi n'oblige point un créancier à veiller aux intérêts d'un autre.[1]

455. — Nous croyons au contraire que le Code a maintenu le système de la loi de Brumaire, et que les créanciers hypothécaires peuvent, comme les créanciers à privilège spécial sur les immeubles, exiger que les créanciers à privilège général discutent d'abord le débiteur dans ses meubles.

Il y a un point sur lequel le système que nous proposons s'accorde avec celui de M. Colmet de Santerre, en ce qui concerne les créanciers chirographaires : ni la loi de Brumaire, *Sur le régime hypothécaire*, ni l'article 2105, au chapitre *Des privilèges*, ne s'occupent des droits des créanciers chirographaires, et d'ailleurs il importe peu à ces créanciers, comme le remarque M. Colmet de Santerre, qu'ils voient passer avant eux les créanciers à privilège général sur les meubles, ou sur les immeubles : le résultat est le même dans les deux cas.

Mais la situation n'est pas la même pour les créanciers hypothécaires, qui ont un droit de préférence sur certains immeubles, et qui ont grand intérêt à ne pas voir passer avant eux sur ces immeubles les créanciers à privilège général. Leur situation est la même que celle des créanciers à privilège spécial, ils doivent donc être traités de la même façon. Cette solution s'impose d'autant plus qu'elle sert aux créanciers hypothécaires sans nuire aux créanciers à privilège général, qui seront toujours payés par préférence, sur une masse ou sur l'autre.

[1] Colmet de Santerre, IX, n°s 61 *bis* I et II.

C'était la solution de la loi de Brumaire, et, si les termes de l'article 2105 sont moins étendus que ceux de l'article 11 de cette loi, cela tient à la place que l'article 2105 occupe, dans le chapitre *Des Privilèges*, où la loi ne s'occupe que des rapports des créanciers privilégiés entre eux, et non avec les créanciers hypothécaires ; mais la règle de l'article 2105 n'en doit pas moins être étendue au cas de conflit avec des créanciers hypothécaires, par une raison d'analogie évidente.[1]

456. — Ce caractère subsidiaire des privilèges généraux sur les immeubles conduit aux conséquences suivantes.

En premier lieu, si la distribution du prix des meubles s'ouvre avant celle du prix des immeubles, le créancier ayant un privilège général doit y produire, et ne se présenter ensuite à l'ordre ouvert sur le prix des immeubles que déduction faite de la somme par lui touchée dans la distribution mobilière. Si, par fraude ou par négligence, il a omis de se présenter à la distribution mobilière, il n'en devra pas moins déduire de sa demande de collocation sur le prix des immeubles ce qu'il aurait pu toucher sur le prix des meubles : il ne peut pas se faire en effet que sa faute, intentionnelle ou non, nuise aux créanciers venant après lui en ordre utile.[2]

457. — Si le débiteur dont le prix des immeubles est mis en distribution n'a point été l'objet d'une saisie dans ses meubles, et que le créancier à privilège général se présente pour être colloqué sur le prix des immeubles, en affirmant qu'il n'y avait aucun mobilier pouvant lui servir de

[1] Grenier, *Des Hypothèques*, II, n° 371 ; Persil, *Régime hypothécaire*, I, article 2104, n° 2 ; Duranton, XIX, n° 200 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 251 *bis* ; Aubry et Rau, III, § 262, texte et notes 3 et 4, p. 165 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 244 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n°s 641-643.

[2] Lyon, 14 décembre 1832, Sirey, 33, II, 169 ; Limoges, 9 juin 1842, Sirey, 43, II, 10. — *Compar.* Paris, 9 février 1809, Sirey, C. N., III, II, 19, et *Note*.

gage, à qui incombera la preuve ? Sera-ce au créancier à privilège général à établir qu'il n'est point en faute et qu'on ne peut lui reprocher ni dol, ni négligence ? Ou au contraire incombe-t-il aux autres créanciers de prouver qu'il aurait pu, s'il l'avait voulu, obtenir sur le mobilier le paiement de tout ou partie de sa créance ?

D'après une opinion soutenue par M. Pont,[1] c'est au créancier à privilège général que la preuve incombe.

Cette solution, que M. Pont affirme sans donner de motifs pour l'appuyer, nous paraît inacceptable. La fraude ou la négligence ne se présument pas, et c'est aux créanciers postérieurs en rang qui l'allèguent à en rapporter la preuve. D'un autre côté, l'article 2105 ne dit pas que les créanciers ne pourront exercer leur privilège général sur les immeubles qu'après avoir « *discuté* » le mobilier de leur débiteur : il dit, ce qui n'est pas la même chose, qu'ils seront colloqués sur le prix des immeubles « *à défaut de mobilier* ». Ces termes laissent la preuve de l'existence du mobilier sous l'empire de la règle de droit commun, *onus probandi incumbit ei qui dicit.*[2]

458. — En second lieu, si la distribution du prix des immeubles précède celle du prix des meubles, mais qu'il soit certain qu'il y aura une distribution mobilière, la collocation qui sera obtenue par les créanciers à privilège général dans la première distribution ne sera qu'*éventuelle.* Elle ne deviendra définitive qu'après la production et la collocation à la distribution mobilière du créancier qui l'aura obtenue, et qui devra rapporter aux créanciers venant après lui sur le prix des immeubles le montant de sa collocation sur les meubles.[3]

[1] *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 244. — *Sic* Bruxelles, 21 août 1810, Sirey, C. N., III, II, 338.

[2] Lyon, 14 décembre 1832, Sirey, 33, II, 169 ; Limoges, 9 juin 1842, Sirey, 43, II, 10. — Aubry et Rau, III, § 262, texte et note 5, p. 165.

[3] Amiens, 24 avril 1822, Sirey, C. N., VII, II, 61 ; Agen, 28 août

Comme il ne peut dépendre du créancier à privilège général de retarder ce rapport, nous croyons, avec l'arrêt d'Amiens du 24 avril 1822 que nous venons de citer, que le juge qui le colloque sur le prix des immeubles peut lui impartir un délai pour faire saisir et vendre le mobilier du débiteur et ouvrir une distribution sur le prix.

Mais qu'arrivera-t-il si, tout en ne contestant pas l'existence d'un certain mobilier, le créancier à privilège général soutient qu'il n'est pas suffisant pour couvrir les frais de saisie, de vente et de distribution, et se refuse par suite à exercer des poursuites ? Nous croyons, avec MM. Persil[1] et Aubry et Rau,[2] que les frais de discussion doivent être avancés par les créanciers à privilège spécial ou par les créanciers hypothécaires qui soutiennent qu'il y a là un actif à réaliser. C'est la solution adoptée par l'article 2023 à propos de la caution qui requiert la discussion, par l'article 2170 relativement au tiers détenteur, et la raison de décider est ici la même : il serait injuste d'obliger quelqu'un, créancier privilégié ou créancier cautionné, à exposer des frais qu'il croit inutiles, et l'équité veut qu'ils soient avancés par celui qui en profitera finalement, ici par le créancier postérieur dont le dividende sera accru d'autant.[3]

459. — En outre des privilèges de l'article 2101, il existe sur les immeubles d'autres privilèges généraux, créés par des lois particulières au profit du Trésor, et dont nous nous occuperons dans le chapitre III, consacré aux privilèges établis par des lois spéciales.[4]

Doit-on faire application à ces privilèges de la règle de l'article 2105 que nous venons d'étudier, et décider que le Trésor ne sera colloqué sur les immeubles que déduction

1834, Sirey, 35, II, 426. — Aubry et Rau, III, § 262, texte et note 6, p. 166 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 243.

[1] *Régime hypothécaire,* I, article 2104, n° 2.

[2] III, § 262, texte et note 7, p. 166.

[3] *Contrà,* Colmet de Santerre, IX, n° 61 *bis* III.

[4] *Infrà,* Tome II, n°s 550 et suiv.

faite de ce qu'il aura pu obtenir sur le prix des meubles du débiteur ?

La Cour de cassation a résolu la question dans le sens de l'affirmative,[1] et nous croyons que c'est à bon droit. Le privilège du Trésor est prévu par le Code, qui, dans l'article 2098, renvoie pour son organisation aux lois spéciales qui le concernent : on ne comprendrait pas comment ce privilège, qui rentre dans les prévisions des rédacteurs du Code et qui a le même caractère de généralité que ceux de l'article 2101, ne serait pas soumis à la même loi, et ne viendrait pas, comme eux, seulement à titre subsidiaire sur les immeubles. Ajoutons que le privilège du Trésor ne se classe qu'après les privilèges de l'article 2101, et c'est un motif de plus pour ne pas lui donner sur les immeubles une situation préférable à celle des privilèges énumérés dans ce texte.

460. — Nous ferons, en terminant ce qui concerne les privilèges généraux, deux remarques.

Nous constatons, d'abord, que l'article 2105 ne se borne pas à leur donner le caractère subsidiaire que nous venons de déterminer, il les classe dans leurs rapports avec les privilèges spéciaux sur les immeubles et décide que les privilèges généraux seront préférés. Nous signalons seulement cette disposition, sur laquelle nous reviendrons en étudiant, dans la troisième partie de ce *Traité*, le classement des créances privilégiées.

Nous observons, en second lieu, que les privilèges généraux sur les immeubles sont dispensés d'inscription, d'après la disposition formelle de l'article 2107. Mais nous aurons à voir, en examinant les effets des privilèges et hypothèques, quel est le résultat de cette dispense d'inscription, et si elle laisse subsister au profit du créancier à privilège général le droit de suite, au cas d'aliénation des immeubles du débiteur.

[1] Cassation, 22 août 1836, Sirey, 36, I, 625.

SECTION II

Des privilèges spéciaux sur les immeubles.

460 I. — Nous diviserons nos explications sur cette matière en trois parties :

§ I. — *Du privilège du vendeur d'immeuble et des créanciers subrogés au vendeur.*

§ II. — *Du privilège des copartageants et des créanciers subrogés aux copartageants.*

§ III. — *Du privilège des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers, et des créanciers qui leur sont subrogés.*

§ I

Du privilège du vendeur d'immeuble et des créanciers subrogés au vendeur.

460 II. — Les motifs qui ont déterminé le législateur à donner un privilège au vendeur d'immeubles sont les mêmes que pour le vendeur de meubles :[1] motif d'équité, qui ne permet pas de laisser payer les autres créanciers aux dépens d'une valeur mise par le vendeur dans le patrimoine du débiteur ; motif de droit, le vendeur étant présumé n'avoir consenti à vendre qu'en se réservant un droit réel

[1] *Suprà,* Tome I, n° 383.

sur la chose, immeuble ou meuble, tant qu'il ne serait pas payé.[1]

461. — De même que les motifs du privilège du vendeur sont identiques dans la vente d'immeubles et dans la vente de meubles, l'origine historique de ces deux privilèges est aussi la même : nous ne reviendrons donc pas sur ce que nous avons dit à ce propos de la législation romaine, dans laquelle la propriété de l'objet vendu au comptant, meuble ou immeuble, n'était transférée qu'après le paiement du prix, mais dans laquelle aussi le vendeur qui avait suivi la foi de l'acheteur perdait tout droit et devenait un créancier comme un autre.[2]

Observons cependant que l'idée de donner un privilège au vendeur d'immeuble, qui a accordé un terme pour le paiement du prix, s'établit plus difficilement que pour le vendeur de meubles. Tandis que l'article 177 de la nouvelle coutume de Paris consacrait expressément ce privilège pour le vendeur de meubles, ainsi que nous l'avons dit,[3] la jurisprudence du Parlement le refusait au vendeur d'immeubles :

« Suivant la doctrine des anciens arrests, dit Brodeau, « celui qui a vendu sa terre à crédit, *sine præsenti pecuniâ*, « ne peut prétendre à aucune préférence sur icelle, s'il ne « l'a expressément stipulé ; cessant laquelle stipulation il ne « peut pas dire qu'il ait une hypothèque légale, tacite et « privilégiée ; s'étant par le moyen de la vente, qui est pure « et simple, démis de tout le droit de propriété qu'il avait « en icelle ; en sorte qu'il n'est que simple créancier, qui a « une action et une hypothèque pour son prix, nullement « privilégiée, ayant entièrement suivi la foi de l'ache- « teur. »[4]

Mais l'extension du privilège au vendeur d'immeuble,

[1] *Compar.* Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 186 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 545.

[2] *Suprà,* Tome I, n° 384.

[3] *Suprà,* Tome I, n° 385.

[4] Sur Louët, LETTRE H, *Sommaire* XXI, n° 6.

soutenue par Loyseau,[1] finit par triompher dans la jurisprudence :

« On a fait prévaloir l'équité à la subtilité de droit, dit « Basnage, et celui qui a vendu un héritage, quoiqu'il n'ait « point stipulé de privilège, ou de spéciale hypothèque, sur « les deniers de la vente ne laisse pas d'avoir un privilège « lorsque le fonds qu'il a vendu est décrété. »[2]

Formellement consacré par la loi du 11 Brumaire an VII, article 14, 3°, le privilège du vendeur d'immeuble l'a été de nouveau par l'article 2103, 1°, du Code civil.

462. — Nous étudierons, à propos du privilège du vendeur d'immeuble, les trois points suivants :

I. — *Dans quels cas et à quelles personnes ce privilège est accordé ;*

II. — *Pour quelles créances est-il donné ;*

III. — *Sur quels biens s'exerce-t-il.*

463. — I. *Dans quels cas et à quelles personnes le privilège du vendeur d'immeubles est-il accordé.* — Le privilège de l'article 2103, 1°, est donné toutes les fois qu'il y a vente d'immeubles, quelle que soit la nature de ces immeubles, qu'ils soient corporels ou incorporels, comme des actions de la Banque de France immobilisées ou un droit d'usufruit immobilier.

Il est donné dans toute vente, quelle qu'en soit la forme, volontaire ou judiciaire, par acte public ou par acte sous seing privé. La loi ne distingue pas : « Le vendeur, » dit notre texte, par conséquent tout vendeur a privilège, quelle que soit la nature de l'immeuble vendu ou la forme de l'acte qui constate la vente.[3]

On doit l'accorder à tout vendeur, quel qu'il soit, même

[1] *Du Déguerpissement,* chap. III, n° 6.

[2] *Des Hypothèques,* chap. XIV. — *Sic* Ferrière, *Compilat. des comment. sur la Cout. de Paris,* II, article 177, n° 5.

[3] Duranton, XIX, n° 159 ; Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 2, p. 166 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 186.

à l'héritier bénéficiaire pour les immeubles de la succession qu'il a aliénés : il n'est pas seulement l'administrateur des biens de la succession, chargé de la liquidation dans l'intérêt des créanciers et des légataires, il en est aussi le propriétaire, et c'est à ce titre que le privilège du vendeur doit lui appartenir.[1]

464. — Le privilège de l'article 2103, 1°, doit-il être donné à l'échangiste, soit pour le paiement de la soulte stipulée dans le contrat d'échange, soit pour la garantie en cas d'éviction ?

L'opinion générale dans la doctrine et dans la jurisprudence est qu'il faut résoudre la question par une distinction : l'échangiste aura un privilège pour le paiement de la soulte, mais il n'en aura pas pour la garantie des biens à lui donnés en échange ni pour les dommages et intérêts résultant de l'éviction qu'il aurait subie.

Pour lui donner un privilège au cas de non paiement de la soulte, on se fonde sur les raisons suivantes. La soulte au cas d'échange est de même nature que le prix au cas de vente, elle est la représentation de l'augmentation de valeur entrée dans le patrimoine du débiteur, et cette créance mérite la même faveur que le prix de vente ; on peut même dire que dans l'échange avec soulte il y a vente pour la partie de l'immeuble représentée par la soulte. La loi fiscale l'a elle-même reconnu en percevant sur la soulte d'échange le même droit que sur le prix de vente.

Il en sera ainsi, que la soulte soit importante ou modique, car elle a toujours la même nature, elle correspond toujours à une augmentation de valeur procurée au patrimoine du débiteur.[2]

Enfin ce privilège s'exercera sur tout l'immeuble donné en échange, et non pas seulement sur la portion afférente à la soulte, car le contrat et le privilège sont indivisibles, et le privilège de l'échangiste doit s'étendre à tout le prix de

[1] Cassation, 8 février 1870, Dalloz, 70, I, 420.

[2] *Contrà*, Mourlon, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 149.

l'immeuble par lui cédé, comme le privilège du vendeur frappe tout l'immeuble par lui vendu, quelque faible que soit la portion du prix restant due.[1]

465. — Si au contraire l'échange a été fait sans soulte, ou que la soulte ait été payée, mais que l'échangiste soit évincé, il n'aura, dans cette opinion, aucun privilège à raison de la garantie, notamment pour les dommages et intérêts qui lui seront alloués. Le contrat est alors un véritable échange, sans aucun mélange de vente, et on ne peut étendre à l'échange le privilège créé par la loi pour le contrat de vente. L'échangiste évincé aura une action en résolution, et, si des dommages et intérêts lui sont alloués, il aura de ce chef une créance, mais une créance purement chirographaire.

Il importerait peu que le contrat stipulât formellement un privilège au profit de l'échangiste évincé : les privilèges ne peuvent résulter que de la loi, non de la volonté des parties.

Enfin si l'échangiste, pour se soustraire à l'éviction, a dû rembourser les créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble à lui remis à titre d'échange, il pourra être subrogé dans les droits des créanciers par lui remboursés, si les conditions de la subrogation ont été accomplies, mais il n'aura pas le privilège du vendeur.[2]

[1] Cassation, 11 mai 1863, Sirey, 64, I, 357, et Dalloz, 64, I, 191. — Grenier, *Des Hypothèques,* II, n° 387 ; Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2103, § I, n°s 11 et 12 ; Duranton, XIX, n° 155 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 215 ; Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 12, p. 168-169 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 187 ; Colmet de Santerre, IX, n° 51 *bis* V ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 276 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n°s 577-578.

[2] *Voir,* dans le sens de ces diverses solutions, Turin, 10 juillet 1813, Sirey, C. N., IV, II, 339 ; Paris, 20 janvier 1834, Sirey, 34, II, 273 ; Cassation, 26 juillet 1852, Sirey, 52, I, 693, et Dalloz, 52, I, 196 ; Cassation, 14 novembre 1859, Sirey, 60, I, 803, et Dalloz, 60, I, 221. — Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 215 ; Aubry et Rau, III, § 263, texte et notes 13 et 14, p. 169 ; Pont, *Des*

466. — Nous n'avons pas la prétention d'ébranler une opinion défendue par tant de jurisconsultes éminents et que la Cour de Cassation a adoptée dans son arrêt du 11 mai 1863 ; cependant, comme elle soulève à notre avis les plus graves objections, nous croyons devoir les exposer.

A notre avis, le privilège ne peut être accordé en matière d'échange, pas plus pour le paiement de la soulte que pour les dommages et intérêts qui peuvent être dus au cas d'éviction. L'article 2103, 1°, accorde un privilège « au *vendeur,* « sur l'immeuble vendu, pour le paiement du prix » ; il n'en donne pas à l'échangiste, et les privilèges ne sont pas susceptibles d'extension.

On ne peut objecter à l'interprétation que nous proposons l'article 1707, aux termes duquel les règles de la vente sont applicables à l'échange : mais il ne s'agit là que des règles *contractuelles*, de celles qui sont exposées dans les articles 1582 à 1701, et non du privilège créé au profit du vendeur par l'article 2103. Ce qui le prouve d'ailleurs, c'est que l'opinion que nous combattons refuse elle-même tout privilège à l'échangiste au cas d'éviction, et, si le privilège du vendeur devait être étendu au cas d'échange, il serait donné, comme dans la vente, dans tous les cas où il y a une créance née du contrat, qu'elle naisse de l'éviction ou du non-paiement du prix.

Mais, dit-on, dans l'échange avec soulte, il y a vente pour la partie de l'immeuble représentée par la soulte. C'est là ce que nous ne pouvons admettre : l'échange est un contrat avec ses règles propres, la vente en est un autre, et on ne peut pas appliquer à une seule convention à la fois les règles de la vente et celles de l'échange. Nous avons essayé d'éta-

Privilèges et Hypothèques, I, n° 187 ; Colmet de Santerre, IX, n° 51 *bis* V ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 276 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 579. — *Compar.* toutefois Poitiers, 1er mai 1849, Dalloz, 50, II, 169 ; et Mourlon, *Exam. crit. du comment. de M. Troplong,* I, n° 147.

blir, dans notre Traité *De l'Echange,* que l'échange avec soulte n'en était pas moins un échange pour le tout, sauf le cas où la soulte prétendue était d'une valeur plus importante que l'immeuble cédé avec elle, auquel cas la convention devenait une vente pour le tout :[1] c'était la tradition ancienne, et ce doit être aussi, à notre avis du moins, la solution nouvelle.[2]

467. — En législation, la solution que nous venons de donner ne nous paraît pas la meilleure, et nous approuvons sans réserves les lois récentes qui ont étendu à l'échangiste le privilège du vendeur.

C'est, d'abord, la loi belge du 16 décembre 1851, dont la réforme est limitée : l'article 27, 2°, de cette loi accorde un privilège aux copermutants seulement pour le paiement des soultes et pour « la somme fixe *qui serait déterminée* « *par l'acte* à titre de dommages et intérêts dans le cas d'é- « viction ». Sous l'empire de cette loi le privilège n'est donc pas donné pour les dommages et intérêts qui, au cas d'éviction, seraient alloués par les tribunaux.[3]

La loi italienne va plus loin dans cette voie, et, prenant pour base cette idée que toutes les obligations qui naissent de l'acte d'échange sont également dignes de faveur, qu'elles soient déterminées par la convention ou par les tribunaux, elle donne un privilège « au vendeur *ou autre aliénateur,* « sur les immeubles aliénés, *pour l'accomplissement des* « *obligations dérivant de l'acte d'aliénation* ».[4] Comme on le voit, ce n'est pas seulement l'échangiste, mais tout aliénateur qui a ce privilège, quelle que soit la nature de l'acte d'aliénation.

Le Code civil du Japon se rapproche à la fois du système italien et du système belge : du système italien, en ce qu'il

[1] *Voir* notre *Traité de la Vente et de l'Echange,* II, n° 918.

[2] *Compar.* Mourlon, *Exam. crit. du Comment. de M. Troplong,* I, n°s 148-151.

[3] Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 566.

[4] Article 1969, 1°, *Traduction* Orsier, II, p. 411.

accorde un privilège non seulement au vendeur et à l'échangiste, mais à tout aliénateur ; du système belge, en ce qu'il ne le donne que « pour les conventions fixées en argent soit « dans l'acte d'aliénation ou dans un acte postérieur ». Cette loi ajoute que le privilège de l'aliénateur ne s'étend pas aux augmentations et améliorations qu'il a plu au débiteur d'apporter.[1]

Le système de la loi japonaise nous paraît le meilleur. Que cette loi ait raison d'accorder un privilège à tout aliénateur, c'est ce qui ne nous paraît pas sérieusement discutable, car le motif de décider est toujours le même : l'aliénateur, quel qu'il soit, a fait entrer une valeur dans le patrimoine du débiteur, et il est juste qu'il ait un privilège sur le prix du bien qui représente cette valeur. Mais, en même temps, nous croyons qu'il importe à la règle de la publicité du régime hypothécaire que le chiffre des créances privilégiées soit connu des tiers, et il ne peut l'être que si la convention indique à l'avance le chiffre de la créance, chiffre qui ne pourra être augmenté par les dommages et intérêts qui seraient alloués par les tribunaux.

468. — La jurisprudence et la majorité des auteurs refusent, avec raison selon nous, tout privilège au donateur pour sa créance à raison des charges, même pécuniaires, imposées par l'acte au donataire.

Pour soutenir l'opinion contraire, on invoque, comme tout à l'heure à propos de l'échange avec soulte, le caractère mixte qu'aurait la donation avec charges, donation pour la partie où il y aurait libéralité sans équivalent, et vente pour le surplus, pour la partie équivalente aux charges imposées par le donateur : « Il y a un mélange de vente et de dona- « tion, dit M. Pont, et par une conséquence ultérieure ce cas « aussi rentre, mais pour partie seulement, dans les termes « mêmes de l'article 2103 et dans les conditions constitu- « tives du privilège. »[2]

[1] Livre *Des Garanties des créances,* articles 165-169.

[2] *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 188. — *Sic* Motifs d'un

Nous répondrons qu'une donation ne change pas de caractère parce que le donateur a imposé au donataire des charges qui diminuent la valeur de la chose donnée, tout en laissant subsister, dans le résultal final du contrat et déduction faite des charges, un avantage certain pour le donataire : la donation devient alors une donation avec charges, prévue par plusieurs textes du Code civil, notamment par les articles 945, 953, 954, etc..., et traitée par eux comme une donation.

Il en serait différemment si les charges étaient égales à la valeur de l'immeuble : alors, quelle que soit la qualification donnée par les parties à leur convention, elle est une vente et elle doit donner naissance au privilège du vendeur.[1]

Mais, en dehors de cette hypothèse exceptionnelle, l'acte contenant une libéralité que des charges amoindrissent sans la faire disparaître est une donation, et on ne peut en protéger l'exécution au moyen d'un privilège que la loi ne crée que pour le vendeur.[2]

469. — Nous reconnaissons toutefois, pour cette hypothèse comme pour celle de l'échange, qu'il serait préféra-

arrêt de Paris, 27 décembre 1851, sous Cassation, 27 décembre 1853, Sirey, 54, I, 81.

[1] Cassation, 21 décembre 1887, Sirey, 88, I, 412, et *Pandectes françaises,* 90, I, 64.

[2] Douai, 18 novembre 1846, Dalloz, 47, II, 23 ; Orléans, 26 mai 1848, Sirey, 48, II, 615, et Dalloz, 48, II, 122 ; Douai, 6 juillet 1852, Sirey, 53, II, 546, et Dalloz, 54, V, 602 ; Agen, 4 janvier 1854, Sirey, 54, II, 350, et Dalloz, 55, II, 42 ; Nîmes, 29 novembre 1854, Sirey, 55, II, 512 ; Colmar, 30 mai 1865, Sirey, 65, II, 348 ; Paris, 11 mai 1886, Sirey, 88, II, 110, et *Pandectes françaises,* 86, II, 160 ; Bordeaux, 22 juillet 1890, Dalloz, Supplém., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 206. — Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2103, § I, n° 10 ; Grenier, *Des Hypothèques,* II, n° 387 ; Duranton, XIX, n° 156 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 216 ; Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 16, p. 169-170 ; Demolombe, *Cours de Code civil,* XX, n° 576 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 277. — *Compar.* Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 581.

ble, en législation, d'accorder un privilège au donateur pour l'exécution des charges de la donation : il mérite la même faveur que le vendeur pour l'exécution des obligations de l'acheteur, et il est même à un certain point de vue plus favorable, car il se dépouille gratuitement d'une partie de son patrimoine.

Aussi n'hésitons-nous pas à approuver les législations qui ont modifié notre Code civil sur ce point, le Code du Bas-Canada (article 2014), la loi belge du 16 décembre 1851 (article 27, 3°), et le Code civil du Japon (livre *Des Garanties des créances*, article 165), qui accordent spécialement un privilège au donateur pour l'exécution des charges imposées au donataire.

470. — L'acquéreur sous condition de réméré contre lequel le réméré est exercé par le vendeur, a-t-il le privilège de l'article 2103, 1°, pour assurer le remboursement du prix qu'il a payé?

Une opinion admet l'affirmative, par la raison que le réméré produit entre l'acquéreur et le vendeur une transmission de propriété analogue à une revente. Sans doute, il opère bien, dans la rigueur des principes, comme une condition résolutoire au profit du vendeur, mais, en équité, la restitution du prix payé par l'acquéreur mérite autant de faveur que le paiement du prix dû à un vendeur.[1]

Ce système est généralement repoussé, et le privilège refusé à l'acquéreur. Par l'effet du réméré, comme par l'effet de toute autre condition résolutoire, le droit de propriété de l'acquéreur est rétroactivement effacé, et le vendeur est réputé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire de l'immeuble vendu : l'acquéreur ne peut donc réclamer un privilège que la loi ne donne qu'à l'aliénateur, et même à l'aliénateur dans le contrat de vente, et non dans les autres contrats.

Mais la plupart des auteurs, en même temps qu'ils refusent tout privilège à l'acquéreur, reconnaissent à son profit

[1] Labbé, *Note*, Sirey, 1871, II, 193 et suiv.

un droit de rétention, fondé sur deux ordres d'idées : d'abord sur le texte de l'article 1673 qui, en ne permettant au vendeur « *d'entrer en possession* » qu'après avoir remboursé à l'acquéreur tout ce qu'il lui doit, crée formellement un droit de rétention en sa faveur ; puis sur les principes généraux en matière de droit de rétention, car il y a connexité, *debitum cum re junctum*, entre la dette du vendeur et l'immeuble à propos duquel elle est née.[1]

471. — Pour nous, nous avons déjà soutenu deux fois[2] que sans doute l'acquéreur n'a pas de privilège, mais qu'il n'a pas non plus de droit de rétention ; à notre avis, cet acquéreur a quelque chose de plus qu'un droit de rétention, et même qu'un privilège, il ne perd son droit de propriété qu'après avoir été remboursé par le vendeur de ce que celui-ci lui doit. Ce remboursement est, selon nous, la condition sans laquelle la résolution naissant de l'exercice du réméré ne peut s'accomplir ; nous avons donné les motifs de cette solution, nous n'avons pas à y revenir, et nous nous bornons à constater que, par une raison inverse de celle généralement admise, nous arrivons aussi à refuser le privilège de l'article 2103, 1°, à l'acquéreur sous faculté de rachat ; mais, dans notre théorie, ses droits sont pleinement sauvegardés.

472. — Si un associé apporte un immeuble en société, nous avons exposé, dans notre *Traité de la Société*, suivant quelle distinction le privilège du vendeur doit lui être ac-

[1] Grenier, *Des Hypothèques*, II, n° 390 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 214 ; Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 15, p. 169 ; Cabrye, *Du Droit de Rétention*, n° 114 ; Glasson, *Du Droit de Rétention*, p. 117-120 ; Pont, *Des Petits Contrats*, II, n° 1303, et *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 189 ; Laurent, XXIV, n° 406, et XXX, n° 3 ; Colmet de Santerre, IX, n° 51 *bis* VII ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 580. — *Compar.* Cassation, 26 avril 1827, Sirey, C. N., VIII, I, 582.

[2] *Voir* nos *Traités de la Vente*, II, n°s 665 et 670, et *Du Droit de Rétention*, n°s 62-63. — *Sic* Laurent, XXIX, n° 288.

cordé ou refusé: si l'associé ne reçoit en échange de son apport qu'une part dans les bénéfices sociaux, il n'a droit à aucun privilège, car il n'a fait qu'un acte d'associé ; mais si, la valeur de l'immeuble dépassant la mise qu'il doit faire, il est convenu qu'il recevra en argent le prix de l'excédent, il est réellement vendeur pour cette portion et il aura le privilège du vendeur.[1]

473. — Par application du principe que nous exposons, que le privilège de l'article 2103, 1°, ne peut être donné qu'au vendeur d'immeubles, la Cour de Cassation a décidé avec raison qu'il fallait le refuser aux usagers, ou aux créanciers subrogés à leurs droits, dans le cas où le propriétaire d'une forêt leur doit une indemnité pour le rachat prévu par l'article 78 du Code forestier ; le droit réel des usagers est, au cas de rachat, purement et simplement supprimé, dans un intérêt général, par le Code forestier.[2]

474. — De très sérieuses difficultés sont nées sur le caractère de la faculté donnée aux propriétaires d'acquérir la mitoyenneté des murs joignant leurs propriétés : la cession de la mitoyenneté est-elle une vente, donnant lieu au privilège du vendeur et à l'inscription de ce privilège, dans les termes de l'article 2108 du Code civil ? Et, si l'on admet l'affirmative, faut-il reconnaître l'existence du privilège même dans le cas où il n'y a pas eu d'acte de cession de la mitoyenneté, et où le propriétaire voisin s'est borné à user du mur comme d'un mur mitoyen, sauf à régler ensuite l'indemnité par lui due au propriétaire du mur ?

Nous n'avons pas à entrer dans l'examen de cette question et des nombreux systèmes qu'elle a fait naître : toute cette théorie se rattache au caractère de la mitoyenneté et à l'interprétation de l'article 661 du Code civil.[3] Nous devons

[1] *Voir* notre *Traité de la Société,* n° 185, et les autorités qui y sont citées.

[2] Cassation, 24 juin 1885, Sirey, 86, I, 171.

[3] *Voir*, sur cette question, en sens divers, les autorités suivantes : Le Courtois, *Dissertation, France judiciaire,* 1885-1886, I, p. 285 et suiv., et 1889, I, p. 197 et suiv. ; Labbé, *Note,* 1889, I,

seulement, en nous plaçant à l'unique point de vue qui puisse nous occuper, l'application du privilège de vendeur à la cession de mitoyenneté, indiquer si le privilège du vendeur existe pour le propriétaire du mur, et, au cas d'affirmative, dans quelles hypothèses et à quelles conditions.

Nous croyons que le privilège du vendeur existe au profit du propriétaire du mur, car, à notre avis, la cession de mitoyenneté est une vente, vente forcée, il est vrai, mais qui n'en doit pas moins produire tous les effets d'une vente ordinaire. Nous dirons plus : le vendeur nous paraît d'autant plus intéressant, et d'autant plus digne du privilège du vendeur qu'il n'est pas libre de se refuser à la cession.

Cette appréciation du fait juridique qui intervient dans la cession de mitoyenneté est conforme à l'idée qu'on s'en faisait dans notre ancien droit :

« C'est encore une obligation que forme le voisinage, « disait Pothier, que, quoique régulièrement personne ne « soit obligé de vendre, soit pour le tout, soit pour partie, « une chose qui lui appartient, néanmoins le propriétaire « d'un mur contigu à l'héritage de son voisin est tenu, si ce « voisin souhaite bâtir contre ce mur, *de lui en vendre la « communauté*, suivant l'estimation qui en sera faite. »[1]

La cession de mitoyenneté présente bien en effet tous les éléments d'une vente forcée, il est vrai, de la part de l'aliénateur, mais il y a des ventes forcées comme des ventes volontaires, et le privilège du vendeur s'applique aux unes comme aux autres. La chose existe, le prix sera déterminé par experts, l'acquéreur consent à acheter, et la loi supplée au consentement du vendeur en l'obligeant à céder sa chose. Comme l'explique Pothier, cette intervention légale se jus-

401 et suiv. ; Brésillion, *Note,* Dalloz, 1889, I, 321 et suiv. ; Pinvert, *Gazette du Palais,* 30 novembre et 1er décembre 1888 ; et les nombreux arrêts cités dans ces diverses études. — *Adde* Demolombe, *Cours de Code civil,* XI, n° 367 ; Laurent, VII, n° 521 ; Frémy-Ligneville et Perriquet, *Législation des bâtiments,* I, n° 554.

[1] *Second Appendice au Contrat de Société,* n° 247.

tifie par l'intérêt du propriétaire voisin, nous ajouterons même par l'intérêt général, car il y aurait une perte réelle de terrain et d'argent à mettre les propriétaires voisins dans la nécessité de se clore par deux murs contigus.

Le privilège du vendeur existe donc, à notre avis, dans tous les cas où la cession de mitoyenneté, demandée par le propriétaire voisin, est réalisée par une convention avec le propriétaire du mur ou constatée par un jugement ; et nous ajoutons que ce privilège devra être inscrit pour être opposable aux tiers, soit d'office par le conservateur, dans les termes de l'article 2108, si l'acte constatant la cession est transcrit, soit par une inscription prise par le cédant.

475. — Si le propriétaire voisin, au lieu d'acquérir la mitoyenneté par un acte de cession ou par une procédure régulière, s'est borné, comme il arrive trop souvent, à user du mur comme d'un mur mitoyen, en y adossant une construction, par exemple, la question de savoir si le propriétaire du mur a un privilège pour garantir le paiement de l'indemnité à laquelle il a droit est plus délicate.

En ce qui nous concerne, nous croyons qu'il n'y a pas de privilège, car il n'y a pas de vente, mais une simple usurpation de la part du propriétaire voisin. L'article 661 du Code civil dit bien que le propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen, mais à la condition de rembourser au maître du mur la moitié de la valeur de ce mur et du sol ; s'il fait une convention pour ce remboursement, il devient acquéreur, et, comme nous venons de le dire, le privilège du vendeur existe ; s'il n'en fait pas, le propriétaire du mur aura, pour réprimer son usurpation et faire démolir les ouvrages effectués irrégulièrement, une action possessoire, pendant l'année du trouble, et, pendant trente ans, l'action ordinaire en revendication. Ces actions existeront aussi contre les tiers acquéreurs de l'usurpateur, fussent-ils de bonne foi, car ils ne peuvent avoir plus de droits que leur auteur.[1]

[1] *Voir*, sur cet aspect particulier de la question, Pau, 3 mai

476. — Si un propriétaire d'immeubles constitue une servitude à titre onéreux au profit d'un fonds voisin, nous croyons, avec M. Thézard,[1] que cette constitution ne lui permettra pas d'exercer le privilège du vendeur : cette solution, au premier abord en contradiction avec celle que nous venons d'adopter à propos de la cession de mitoyenneté, nous paraît pourtant la seule juridique.

La servitude constituée s'incorpore au fonds dominant dont elle devient une qualité : elle est, suivant les expressions de l'article 637, « une *charge* imposée sur un héri- « tage », *prædium qualiter se habens*, et l'impossibilité de la séparer du fonds dont elle fait partie ne permet pas de faire reposer sur elle un privilège, pas plus qu'une hypothèque (Article 2118).

Il n'en est pas de même de la cession de mitoyenneté d'un mur : il est vrai qu'elle ne peut donner lieu ni à purge ni à surenchère, pas plus que la constitution de servitude, mais la purge et la surenchère, qui sont la conséquence ordinaire de l'aliénation des immeubles grevés de charges réelles, n'en sont pas la conséquence nécessaire, comme nous le verrons dans la quatrième partie de ce *Traité*. Ce qui est essentiel pour l'existence du privilège, c'est que l'immeuble vendu ait une existence propre, indépendante, et il en est ainsi de la mitoyenneté d'un mur, qui n'est autre chose que la copropriété de ce mur.[2] Voilà pourquoi la vente de cette copropriété donne lieu au privilège du vendeur, tandis que la constitution d'une servitude à titre onéreux n'y donne pas lieu.

477. — La dation d'un immeuble en paiement donne-

1888, Dalloz, 89, II, 285 ; Paris, 14 juin 1888, Sirey, 92, II, 252, et Dalloz, 89, II, 245 ; Cassation, 10 avril 1889, Sirey, 89, I, 401, et Dalloz, 89, I, 321 ; Paris, 14 janvier 1890, Dalloz, 90, II, 75 ; Besançon, 12 mars 1890, Sirey, 92, II, 253, et Dalloz, 91, II, 95 ; Bordeaux, 21 avril 1890, Dalloz, 92, II, 432.

[1] *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 276.

[2] *Compar.* Demolombe, *Cours de Code civil,* XI, n° 309.

t-elle naissance au privilège du vendeur? A notre avis, cette question doit être résolue par une distinction.

Si le propriétaire de l'immeuble l'a donnée par erreur, en paiement d'une dette qui n'existait pas, ou dont il n'était pas tenu, il n'aura pas de privilège, mais une action en revendication de l'immeuble qu'il a remis à son prétendu créancier :

« Lorsque je vous ai donné une chose en paiement d'une « somme que je croyais par erreur vous devoir, dit très « bien Pothier, c'est la chose même que j'ai droit de répé- « ter de vous. »[1]

Mais si, pour payer une dette qui existait réellement et dont il était tenu, le débiteur a donné en paiement un immeuble d'une valeur supérieure au montant de la dette, nous croyons qu'il aura le privilège du vendeur pour le paiement du prix en argent qui lui est dû. Il y a en effet, dans une convention de ce genre, deux contrats à côté l'un de l'autre, la dation en paiement, qui ne peut être faite pour une somme supérieure au montant de la dette payée, et une vente pour le surplus.

478. — Du moment où le contrat intervenu entre les parties est un contrat de vente, le privilège du vendeur existe, sans que l'on ait à examiner quelle est la capacité générale de l'acheteur : celui-ci a acheté, il avait la capacité spéciale d'acheter, le bien par lui acquis ne lui a été transmis que grevé du privilège du vendeur.

C'est ce qui arrivera notamment pour la femme dotale : si elle achète un immeuble en remploi d'un immeuble dotal par elle aliéné, et qu'elle ne paie qu'une partie du prix du nouvel immeuble, le vendeur aura son privilège sur tout l'immeuble par lui aliéné, en vertu du principe de l'indivisibilité ; et, si le prix de revente ne produit que la somme nécessaire pour le désintéresser, tout ce prix lui sera attribué. On vain objecterait-on l'inaliénabilité du bien dotal :

[1] *De la Vente,* n° 602. — *Compar.* notre *Traité de la Vente,* I, n° 68.

cette inaliénabilité, qui a pour cause l'incapacité personnelle de la femme d'aliéner sa dot,[1] ne s'oppose point à ce que la femme achète des biens, qu'elle se soumette dès lors à toutes les obligations de l'acheteur, et notamment qu'elle soit atteinte par l'exercice de l'action résolutoire ou du privilège. D'ailleurs l'immeuble acquis n'est pas encore devenu dotal, au respect du vendeur, même à concurrence de la partie payée par la femme, ou du moins il n'est entré dans le patrimoine dotal que sous la réserve du droit de suite attaché au privilège du vendeur.[2]

479. — Si la vente porte sur plusieurs immeubles achetés par un même acquéreur, mais en plusieurs lots distincts et avec un prix séparé pour chacun des lots vendus, il y aura autant de privilèges distincts que de lots : le prix et l'objet étant distincts pour chaque lot, il y a en réalité autant de conventions de vente qu'il y a de lots, bien que ces conventions soient réunies dans un *instrumentum* unique, et par suite autant de privilèges.[3] A plus forte raison en sera-t-il ainsi si les différents lots ont été vendus par un même acte à des acquéreurs différents : alors tout est distinct, la chose, le prix, et la personne des acquéreurs.[4]

479 I. — Si un même immeuble est l'objet de reventes successives, l'article 2103 porte que « le premier vendeur « est préféré au second, le deuxième au troisième, et ainsi « de suite ». Cette disposition, qu'il nous suffit en ce moment d'indiquer, car nous la retrouverons en traitant du classement des privilèges, s'explique facilement : l'immeuble vendu une première fois est resté grevé du privilège du premier vendeur, il n'est entré dans le patrimoine du second

[1] *Voir* notre *Traité du Contrat de Mariage,* IV, nos 1836 et suiv.

[2] Aix, 7 décembre 1832, Dalloz, Répert. alphab., Vo *Privilèges et Hypothèques,* no 414 ; Aix, 20 janvier 1894, Dalloz, 94, II, 186, et *Pandectes françaises,* 95, II, 22. — *Compar.* Cassation, 14 juin 1881, Sirey, 82, I, 97, et Dalloz, 82, I, 105.

[3] Cassation, 11 mars 1891, Sirey, 92, I, 273, et Dalloz, 91, I, 253.

[4] Cassation, 13 avril 1893, Sirey, 94, I, 97, et Dalloz, 93, I, 531.

acquéreur que grevé de ce privilège, et il en a été ainsi pour chacune des ventes successives.

480. — II. *Pour quelles créances le privilège du vendeur est-il accordé.* — Ce privilège est donné, dit l'article 2101, pour « *le paiement du prix* » : peu importe dès lors que le prix consiste en un capital ou dans le service d'une rente perpétuelle ou viagère ; dans les deux cas il y a vente,[1] et par suite il existe un privilège pour assurer le paiement du prix, que ce paiement doive être fait en une fois ou par fractions annuelles.[2]

Le privilège devra être donné au vendeur même dans le cas où l'acte de vente porte d'abord un prix en capital, puis ajoute que, du consentement des parties, ce prix a été converti, en tout ou en partie, en une rente perpétuelle ou viagère ; cette conversion, faite dans l'acte même, est en réalité la fixation du prix par le vendeur et l'acheteur, prix garanti par le privilège de l'article 2103, 1°. Il n'en serait différemment que si, le prix ayant été définitivement fixé par l'acte de vente à une somme en capital, les parties convenaient ensuite, par une convention postérieure, de transformer ce capital en une rente : il y a alors novation, et, par application de l'article 1278 du Code civil, perte du privilège, à moins d'une réserve expresse dans la convention nouvelle.[3]

481. — Le privilège n'est accordé que pour le prix, tel qu'il est fixé dans l'acte de vente ; si ce prix était augmenté par une convention additionnelle, par un acte à part, cet acte constituerait une contre-lettre qui, aux termes de l'article 1321, n'est pas opposable aux tiers.[4]

[1] *Voir* notre *Traité de la Vente,* I, n° 94.

[2] Grenoble, 16 août 1823, Dalloz, Répert. alphab., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 417, 1° ; Cassation, 12 juillet 1881, Sirey, 83, I, 409. — Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 7, p. 167-168 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 191 ; Laurent, XXX, n° 7.

[3] Aubry et Rau, *Op. et Loc. citat.*

[4] Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2103, § 1, n°s 6 et 7 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 218 ; Aubry et

Mais il importe de ne pas confondre avec cette augmentation du prix par une contre-lettre celle qui résulterait soit d'une erreur reconnue dans l'acte de vente,[1] soit d'une lésion au préjudice du vendeur, soit d'un excédent de contenance constaté dans l'immeuble vendu et donnant lieu au supplément prévu par les articles 1618 et suivants du Code civil.[2] Le supplément de prix, dans ces diverses hypothèses, ne fait qu'un avec le prix originairement fixé, il le complète, il a la même nature ; comme on ne peut reprocher au vendeur de ne pas l'avoir porté au contrat de vente, l'article 1321 n'est pas applicable, et le privilège le garantit, car c'est réellement le prix de la vente, rectifié et complété.

482. — Le privilège du vendeur ayant pour but la conservation du prix de vente, ne peut exister qu'à la condition que l'acte de vente révèle aux tiers le montant de ce prix et le fait qu'il n'est pas payé : c'est ainsi que nous venons de dire que le supplément de prix constaté par une convention additionnelle ne donnerait pas lieu au privilège ; c'est par la même raison que, aux termes de l'article 2108, le privilège ne doit être inscrit par le conservateur que si le titre constate « que la totalité ou partie du prix est due ».

On devra toutefois assimiler au contrat qui ne contient pas quittance du prix celui qui renferme quittance, mais dans lequel cette quittance est donnée par une personne incapable de recevoir : une telle décharge n'est pas libératoire, et le contrat qui la contient, et qui révèle en même temps l'incapacité du vendeur de recevoir le prix, ne constate pas que l'acheteur s'est libéré, dans le sens qu'il faut donner à cette idée pour l'interprétation des articles 2103 et

Rau, III, § 263, texte et note 8, p. 168 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 190 ; Laurent, XXX, n° 8 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n°s 550-551 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 279.

[1] Bordeaux, 23 avril 1836, Sirey, 36, II, 476.

[2] *Voir* notre *Traité de la Vente,* I, n°s 254-288, et II, n°s 721 I et suiv.

2108 ; une libération simplement apparente, un paiement nul laissent toujours le vendeur créancier du prix.[1]

483. — Le privilège du vendeur conserve, en même temps que le capital dû par l'acheteur, les intérêts de ce capital : ces intérêts sont dus par l'acheteur au même titre que le prix principal, en échange de l'immeuble dont la propriété et la jouissance lui sont transmises, et les garanties de remboursement doivent être les mêmes pour ces deux chefs de la créance du vendeur.

Mais avant la loi du 17 juin 1893 qui est venue modifier l'article 2151, on se demandait si les intérêts garantis par le privilège du vendeur étaient tous les intérêts non prescrits, ou seulement deux années et l'année courante, par application de l'article 2151. L'opinion générale, adoptée par la jurisprudence et soutenue par la plupart des auteurs, n'appliquait pas aux intérêts du prix de vente la limitation de l'article 2151, et accordait le privilège du vendeur pour tous les intérêts non prescrits du prix de vente.[2] Cette solution paraissait imposée par les termes de l'article 2151, « au « même rang *d'hypothèque* que pour son capital, » et par la rédaction des textes du chapitre IV, où le Code indique nettement quelles dispositions doivent s'appliquer aux privilèges, et quelles dispositions aux hypothèques ; mais elle était criti-

[1] Tribunal de Caen, 16 avril 1883, Dalloz, 85, III, 23.

[2] Cassation, 5 mars 1816, Sirey, C. N., V, I, 161 ; Cassation, 1er mai 1817, Sirey, C. N., V, I, 312 ; Paris, 31 janvier 1818, Sirey, C. N., VII, 348 ; Bourges, 23 mai 1829, Sirey, C. N., IX, II, 270 ; Paris, 7 décembre 1831, Sirey, 32, II, 129 ; Cassation, 8 juillet 1834, Sirey, 34, I, 504 ; Cassation, 11 mai 1863, Sirey, 64, I, 357, et Dalloz, 64, I, 191 ; Bordeaux, 26 août 1868, Dalloz, 74, I, 106 ; Cassation, 4 août 1873, Sirey, 74, I, 15, et Dalloz, 74, I, 25 ; Douai, 6 mars 1891, Dalloz, 91, II, 363 ; Bordeaux, 21 février 1893, Dalloz, 93, II, 361. — Duranton, XIX, n° 160 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, nos 218-219 ; Aubry et Rau, III, § 285, texte et note 15, p. 422 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 219 ; Colmet de Santerre, IX, n° 131 *bis* XVII. — *Contrà,* Nîmes, 12 décembre 1811, Sirey, C. N., III, II, 592. — Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 279.

quée même par les auteurs qui la croyaient nécessaire dans l'état de la législation ; et, dans l'enquête de 1841, plusieurs Cours d'appel et la Faculté de Caen demandaient la modification de l'article 2151 et l'assimilation de la créance privilégiée à la créance hypothécaire, quant à la limitation des intérêts garantis par l'inscription :

« Le créancier privilégié ne pourra, comme le créancier « hypothécaire, disait la Faculté de Caen, se faire colloquer « au rang du capital que pour deux années et l'année cou- « rante. Lui permettre de réclamer par privilège, et sans « inscriptions spéciales, tous les intérêts qui lui sont dus, « à la seule condition qu'ils ne soient pas prescrits, c'est « violer le principe de la publicité et exposer la masse à des « fraudes qu'il lui serait impossible de déjouer. C'est au « moins sacrifier des tiers de bonne foi à une négligence « sans excuse. »[1]

Cette réforme a été réalisée par la loi du 17 juin 1893, devenue le nouvel article 2151 : les intérêts conservés par l'inscription sont portés à trois années, au lieu de deux années et l'année courante, et le créancier « privilégié dont le « titre a été inscrit ou transcrit » est mis sur la même ligne que le créancier hypothécaire inscrit.

484. — Le privilège du vendeur s'étend non seulement au prix proprement dit et aux intérêts de ce prix, comme nous venons de le voir, mais à tous les accessoires du prix, à tout ce qui est payé en vertu du contrat de vente par l'acheteur au vendeur, sous quelque qualification et en quelle forme que ce soit, pot de vin ou épingles, charges imposées soit au profit du vendeur, soit au profit d'un tiers désigné par lui. Le prix consiste en effet dans tout ce que l'acheteur en échange de la chose qu'il débourse reçoit, *propter rem habendam et adquirendam impensa.*[2]

[1] *Documents relatifs au régime hypothécaire,* III, n° 545.

[2] Cassation, 12 juin 1855, Sirey, 56, I, 65, et Dalloz, 55, I, 314. — Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 369 ; Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 4, p. 167 ; Martou, *Des Privilèges et*

Sans doute le tiers désigné par le vendeur pour bénéficier d'une charge stipulée dans l'acte, par exemple d'une rente viagère, n'a pas, en son nom personnel, le privilège du vendeur, puisqu'il n'a rien vendu et qu'il n'a même pas figuré à l'acte de vente ; mais, comme le font remarquer avec raison MM. Troplong et Martou,[1] il agira au nom du vendeur et en vertu du privilège qui appartient à ce dernier.

485. — On doit comprendre encore dans le privilège du vendeur la créance de celui-ci à raison des frais et loyaux coûts du contrat de vente, honoraires du notaire, droits d'enregistrement et de transcription, qu'il aurait payés en vertu de l'acte et en l'acquit de l'acheteur, obligé par une clause de l'acte de les lui rembourser en sus du prix : en vertu de cette stipulation les frais deviennent une partie du prix, et l'acheteur les doit au vendeur au même titre que le prix principal.

Mais en sera-t-il de même si l'acte ne contient aucune clause obligeant le vendeur à faire l'avance des frais, et que celui-ci les ait payés soit pour obtenir la délivrance de la grosse de l'acte de vente, afin de pouvoir poursuivre l'acheteur, soit à raison de l'action solidaire qui appartient au notaire contre les deux parties figurant à l'acte de vente ?

La question est controversée, et l'opinion qui soutient qu'en pareil cas le vendeur n'a pas de privilège présente, il faut le reconnaître, des arguments graves. Le vendeur est privilégié, d'après l'article 2103, « pour le paiement du « prix », et le prix est, dit-on, ce que l'acheteur paie au vendeur comme équivalent de l'immeuble aliéné. Sans doute les frais et loyaux coûts du contrat sont une dette de l'acheteur, mais ils ne font pas partie de ce qu'il doit payer au vendeur, et ne peuvent par suite rentrer dans « le prix », qui est seul privilégié. Le vendeur, qui peut être obligé d'en faire l'avance, devient à raison de ces déboursés un créancier or-

Hypothèques, II, n° 549 ; Laurent, XXX, n° 9 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 279.

[1] *Op. et Loc. citat.*

dinaire de l'acheteur: c'était à lui, pour éviter cet inconvénient, à faire rentrer les frais dans le prix en stipulant dans l'acte qu'il les paierait lui-même, sauf à l'acheteur à les rembourser en sus du prix.[1]

L'opinion contraire a prévalu en jurisprudence, et nous croyons que c'est à bon droit. Que le contrat de vente porte que les frais seront payés par le vendeur et remboursés par l'acheteur en sus de son prix, ou qu'il ne dise rien quant aux frais, ceux-ci ont toujours la même nature : ils constituent un accessoire inséparable du prix, une somme que l'acheteur doit payer pour être propriétaire définitif de l'immeuble par lui acheté, qui est entrée en considération dans la fixation du prix, et, si le vendeur doit en faire l'avance, il doit avoir un recours privilégié, comme pour le prix proprement dit : s'il en était autrement, il ne recevrait pas tout son prix, et le privilège du vendeur a précisément pour but de lui en assurer le paiement.[2]

186. — Il est impossible toutefois d'accorder le privilège du vendeur pour les dommages et intérêts qui peuvent

[1] Caen, 7 juin 1837, Sirey, 37, II, 409 ; Tribunal d'Altkirch, 11 mars 1857, Dalloz, 57, III, 34. — Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2103, § I, n° 3 ; Duranton, XIX, n° 162 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 554 ; Laurent, XXX, n°s 11-12.

[2] Limoges, 9 janvier 1841, Sirey, 42, II, 270 ; Bordeaux, 6 janvier 1844, Sirey, 44, II, 246 ; Metz, 21 décembre 1859, Sirey, 60, II, 253, et Dalloz, 60, II, 6 ; Cassation, 1er avril 1863, Sirey, 63, I, 239, et Dalloz, 63, I, 184 ; Cassation, 1er décembre 1863, Sirey, 64, I, 46, et Dalloz, 63, I, 450 ; Lyon, 23 mars 1865, Sirey, 66, II, 92, et Dalloz, 66, V, 379 ; Nîmes, 14 décembre 1872, Sirez, 73, II, 116, et Dalloz, 73, V, 380 ; Limoges, 27 décembre 1878, Sirey, 80, II, 287, et Dalloz, 82, I, 473 ; Cassation, 7 novembre 1882, Sirey, 83, I, 151 ; Dalloz, 82, I, 473 ; et *France judiciaire,* 82-83, II, 301. — Grenier, *Des Hypothèques,* II, n° 384 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 220 ; Mourlon, *Exam. du Comment. de M. Troplong,* I, n° 161 ; Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 5, p. 167 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 194 ; Thézard, *Des Privilèges, des Hypothèques et du Nantissement,* n° 279 ; Colmet de Santerre, IX, n° 51 *bis* IV ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 587.

lui être dus par l'acheteur, à raison de l'inexécution des obligations de celui-ci. Ces dommages et intérêts sont dus, non pas à raison de la chose et comme équivalent de sa valeur, mais à raison de la faute commise par l'acheteur, par suite de faits postérieurs à la transmission de propriété de l'immeuble vendu : ils n'ont donc aucun rapport avec le prix, *propter rem impensa*, et ne peuvent bénéficier du privilège créé pour la conservation de ce prix.[1]

Il en devra être ainsi même dans le cas où les dommages et intérêts auraient été fixés par une clause pénale insérée dans l'acte de vente.

Pour soutenir le contraire, M. Thézard présente un argument ingénieux : la somme stipulée à forfait à titre de dommages et intérêts représente éventuellement, dit-il, une partie du prix, elle est entrée dans les prévisions du vendeur et est l'équivalent partiel de l'immeuble aliéné.[2]

Nous ne le croyons pas. Stipulés dans le contrat ou fixés par les tribunaux, les dommages et intérêts ont toujours le même caractère : ils forment la réparation du préjudice causé au vendeur par un fait postérieur au contrat, et non le prix de la chose.

487. — Nous rappelons ici que, d'après la théorie générale que nous avons adoptée sur les frais faits par un créancier privilégié pour obtenir le remboursement de sa créance,[3] on ne doit pas les assimiler aux dommages et intérêts, mais y voir un accessoire de la créance du prix, privilégié comme cette créance elle-même. Les frais de poursuite sont aussi favorables que la créance elle-même, car sans eux elle ne

[1] Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2103, § I, n° 5 ; Duranton, XIX, n° 163 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 221 ; Aubry et Rau, III, § 262, texte et note 6, p. 167 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 193 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 555 ; Laurent, XXX, n° 14 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 588.

[2] Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 279.

[3] *Suprà,* Tome I, n° 174.

serait pas recouvrée : ils sont modiques, et les tiers ont dû y compter en voyant l'inscription du privilège.

488. — Le privilège du vendeur, dont nous venons d'indiquer les causes, peut se perdre, comme tout privilège, par la novation de la créance à laquelle ce privilège est attaché : c'est l'application pure et simple de l'article 1278. Mais, pour savoir quand il y aura novation, il importe de ne pas oublier le principe écrit dans l'article 1273, que la novation ne se présume point, et que la volonté des parties de l'opérer doit résulter clairement de l'acte.

C'est en faisant application de ces idées que nous avons décidé que la conversion du prix de vente, fixé en capital, en une rente perpétuelle ou viagère, emportera ou non perte du privilège du vendeur, suivant qu'elle aura eu lieu dans un acte postérieur ou dans l'acte de vente lui-même ; il y a novation dans le premier cas, mais non dans le second.[1]

De même encore, si le vendeur donne dans l'acte de vente quittance de son prix, parce que le même acte constate que l'acheteur a remis au vendeur des billets représentant le prix dont quittance lui est donnée, le privilège du vendeur ne sera pas perdu, et il pourra l'exercer si les billets ne sont pas payés à l'échéance. La quittance donnée dans ces termes par le vendeur est conditionnelle, elle est donnée sous condition d'encaissement des billets, et, si la condition ne se réalise pas, le privilège continue de subsister. D'ailleurs les tiers ne peuvent s'en plaindre, car ils ont été avertis par les termes de l'acte de vente des circonstances dans lesquelles la quittance est donnée, et par suite du caractère conditionnel de la libération qui en résulte.[2]

[1] *Suprà,* Tome II, n° 480.

[2] Cassation, 22 juin 1841, Sirey, 41, I, 473 ; Toulouse, 8 mai 1888, Dalloz, 89, II, 208 ; Paris, 9 mars 1893, Dalloz, 94, II, 156. — Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 199 *bis* ; Aubry et Rau, III, § 262, texte et note 9, p. 168 ; Laurent, XXX, n° 8 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n°s 470 et 552. — *Adde* Caen, 20 juin 1859, Sirey, 60, II, 51 ; Cassation, 5 août 1878, Sirey, 79, I, 301.

Mais il en sera différemment, et le privilège s'éteindra si le contrat de vente porte purement et simplement quittance du prix, et si une contre-lettre constate que la quittance est fictive, et que l'acheteur s'est borné à remettre au vendeur des billets à une échéance plus ou moins éloignée. Cette contre-lettre, inopposable aux tiers en vertu de la règle générale de l'article 1321, ne peut être invoquée contre eux, surtout dans la matière des privilèges et hypothèques, où les tiers ne connaissent que les droits révélés par des actes ostensibles et par l'inscription qui en est la conséquence.[1]

489. — III. *Sur quels biens s'exerce le privilège du vendeur.* — Ce privilège s'exerce « sur l'immeuble vendu »: ce sont les termes mêmes de l'article 2103.

Si la vente ne porte que sur une part divise ou sur une fraction indivise d'un immeuble, le privilège ne s'étendra qu'à la portion du prix correspondant à la part vendue. Cette solution est commandée à la fois par le texte de l'article 2103, « l'immeuble vendu » ne consistant que dans une fraction ou une part indivise, et par le motif de ce privilège, le patrimoine de l'acheteur n'étant augmenté que dans la proportion de la part d'immeuble aliénée.[2]

490. — La détermination de l'étendue du privilège du vendeur est plus difficile, lorsque la vente porte sur un droit d'usufruit immobilier.

La difficulté ne naît pas si l'usufruit est vendu par un acte distinct, séparément de la nue propriété. L'immeuble vendu est alors un droit d'usufruit, le privilège porte sur la valeur de ce droit et s'éteint lorsque l'usufruit a fait retour à la

[1] Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2103, § I, nos 6 et 7 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 218; Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 10, p. 168 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 190.

[2] Cassation, 13 juillet 1841, Sirey, 41, I, 731 ; Poitiers, 10 juillet 1889, Sirey, 91, II, 110, et Dalloz, 90, II, 183. — Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 11, p. 168 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 197 ; Laurent, XXX, n° 16 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèqaes,* n° 281.

nue propriété, par la mort de l'usufruitier ou par l'arrivée du terme ou de la condition sous lesquels le droit était constitué.

Mais il arrivera souvent que, pour éviter la dépréciation résultant de la vente séparée de l'usufruit et de la nue propriété, l'usufruitier et le nu-propriétaire se réuniront pour vendre ensemble la pleine propriété, soit par deux prix distincts, soit par un seul prix, qu'ils répartiront ensuite entre eux : sur quoi s'exercera alors le privilège du vendeur de l'usufruit ?

On admet en général que, si la vente a eu lieu par un prix unique, l'usufruitier et le nu-propriétaire ont un privilège sur la totalité de l'immeuble, sauf à faire déterminer par ventilation la portion du prix qui devra être attribuée à chacun d'eux ; et, si le nu-propriétaire est payé, l'usufruitier aura un privilège sur tout l'immeuble pour la valeur de l'usufruit qu'il a cédé.

Bien plus, lorsque la vente a eu lieu par deux prix séparés, un arrêt a décidé que le privilège de l'usufruitier s'étend encore au prix total de l'immeuble, par la raison suivante : l'usufruitier et le nu-propriétaire, en confondant leurs droits dans la vente unique d'une nue propriété, ont manifesté leur intention de constituer un droit nouveau et complet de pleine propriété au profit de l'acquéreur. Il n'y a donc plus que deux vendeurs de pleine propriété, ayant l'un et l'autre un privilège indivisible sur tout l'immeuble.[1]

Pour nous, nous croyons que dans tous les cas, que le prix soit unique ou qu'il y ait deux prix distincts, le nu-propriétaire et l'usufruitier n'auront de privilège que sur ce qu'ils ont vendu, l'un, la nue propriété, l'autre, l'usufruit. Il n'en sera différemment que pour le nu-propriétaire, après l'extinction de l'usufruit, et il aura alors un privilège sur la totalité de l'immeuble, car le nu-propriétaire est un

[1] Cassation, 16 avril 1856, Sirey, 56, I, 650, et Dalloz, 56, I, 317.

plein propriétaire à terme, et, en vendant son droit, il a vendu éventuellement un droit à la pleine propriété ; mais, quant à l'usufruitier, son privilège devra toujours être restreint, à notre avis, à la valeur, déterminée dans l'acte ou à déterminer par ventilation, de l'usufruit qu'il a vendu.

Voici les raisons qui nous déterminent. Le privilège du vendeur d'immeubles doit être restreint à la valeur de ce qu'il a vendu, et l'usufruitier n'a vendu qu'un droit d'usufruit. Il importe peu qu'il ait, pour faciliter la vente, réuni son droit à celui du nu-propriétaire pour les aliéner par un seul et même acte, même par un seul prix : cette juxtaposition ne crée pas de confusion, et ils sont toujours vendeurs, l'un, d'un droit d'usufruit, l'autre, d'un droit de nue propriété. Cette prétendue confusion que l'on veut établir n'est pas seulement contraire aux principes du droit, mais, comme le remarque avec raison M. Thézard, elle peut être très préjudiciable aux intérêts des créanciers hypothécaires du nu-propriétaire, si le prix de vente de l'usufruit excède la valeur qu'on pourrait en obtenir en cas de revente.[1]

491. — Le privilège du vendeur d'immeubles peut se trouver en conflit, comme nous l'avons vu, avec le privilège du vendeur d'effets mobiliers : lorsque les objets mobiliers ont été achetés par le propriétaire d'un immeuble et placés par lui sur cet immeuble à perpétuelle demeure, deviennent-ils, par le fait de leur incorporation, soumis au privilège du vendeur de l'immeuble ?[2]

La question doit même être généralisée, et l'on doit se demander si le privilège du vendeur d'immeubles ne porte que sur l'immeuble même qu'il a vendu, dans l'état où il était au moment de la vente, ou s'il doit être étendu aux

[1] *Compar.*, en sens divers, Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 281 ; Dalloz, SUPPLÉMENT, V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 214 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 594.

[2] *Suprà,* Tome I, n° 406.

additions ou améliorations apportées à l'immeuble par l'acquéreur depuis la vente. Cette question, qui naît surtout de l'interprétation à donner à l'article 2133, sera étudiée dans le Tome III de ce *Traité* lorsque nous examinerons quels sont les effets du privilège et de l'hypothèque.

492. — Pour garantir le paiement du prix, le vendeur a, en outre du privilège dont nous venons de déterminer l'étendue, deux droits consacrés par les articles 1612 et 1613, et par l'article 1654, le droit de rétention, si, avant la délivrance, l'acheteur ne paie pas le prix ou devient insolvable, et l'action en résolution ;[1] nous avons vu déjà, en étudiant les cas où il y a lieu à résolution de la vente,[2] et nous aurons à y revenir lorsque nous examinerons les effets des privilèges, comment le sort de l'action résolutoire a été lié à celui du privilège par l'article 7 de la loi du 23 mars 1855.

493. — Après s'être occupé du privilège du vendeur au n° 1, l'article 2103 ajoute, au n° 2, qu'un privilège sur les immeubles est accordé aussi à « ceux qui ont fourni les de-
« niers pour l'acquisition d'un immeuble, pourvu qu'il soit
« authentiquement constaté, par l'acte d'emprunt, que la
« somme était destinée à cet emploi, et, par la quittance
« du vendeur, que ce paiement a été fait des deniers em-
« pruntés. »

Cette addition faite par le législateur au privilège du vendeur est assez malencontreuse, à trois points de vue. En tant que l'article 2103, 2°, se borne à reproduire les conditions de la subrogation de la part du débiteur, autorisée et réglementée d'une manière générale par l'article 1250, 2°, il fait double emploi avec ce texte et est absolument inutile. D'un autre côté on peut se demander, et on s'est demandé en effet si c'était à dessein que l'article 2103, 2°, ne parlait pas de la subrogation de la part du créancier, organisée par l'article 1250, 1°, et si cette subrogation n'était pas autorisée

[1] *Voir* notre *Traité de la Vente,* I, n°s 216-220, et II, n°s 567-581, et 589-627.

[2] *Voir* notre *Traité de la Vente,* II, n°s 594-611.

lorsqu'il s'agit du privilège du vendeur : on reconnaît que ce n'est là qu'une lacune, et que les deux modes de subrogation existent en cette matière comme en toute autre, mais la question ne serait pas née sans le n° 2 de l'article 2103. Enfin la loi parle de la subrogation à propos du privilège du vendeur, comme elle en parle à propos du privilège des architectes, mais elle est muette lorsqu'il s'agit de celui des copartageants ; et cependant, comme nous le verrons, la subrogation existe aussi bien pour ce privilège que pour les deux autres.

Aussi, dans l'enquête sur la réforme hypothécaire de 1841, la Cour de Grenoble proposait-elle de réunir dans une mention finale, et commune aux divers privilèges de l'article 2103, la disposition relative à la subrogation à ces divers privilèges ;[1] et, dans le projet de loi voté en 1850 par l'Assemblée nationale, on se bornait à renvoyer, pour la subrogation, aux dispositions de l'article 1250.

494. — La loi belge du 16 décembre 1851 a procédé autrement, et, dans son article 27, elle ne parle pas du tout de la subrogation aux privilèges sur les immeubles : cette disposition de notre article 2103 n'est en effet, comme le dit exactement M. Martou, « qu'une répétition surabondante « des principes de l'article 1250 du Code civil sur la subro- « gation conventionnelle. »[2]

Le Code civil du Japon a adopté un système qui nous paraît préférable ; il accorde le privilège aux prêteurs de deniers sans qu'ils aient besoin de remplir les formalités de la subrogation, à la seule condition que la mention du prêt soit constatée dans l'acte qui donne naissance au privilège. Voici en effet comment s'exprime l'article 176 du livre *Des Garanties des créances*.

« Les privilèges énoncés aux articles précédents (aliéna- « teurs, copartageants, architectes) appartiennent, directe- « ment et en vertu de la loi, à ceux qui, au moment de l'alié-

[1] *Documents relatifs au régime hypothécaire*, III, p. 77.
[2] *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 547.

« nation, du partage ou du contrat avec les architectes,
« ingénieurs et entrepreneurs de travaux, ont prêté les de-
« niers pour le payement du prix de vente ou de licitation,
« des soultes d'échange ou de partage, ou du prix des tra-
« vaux, le tout lorsque le prêt et son emploi ont été men-
« tionnés dans l'acte auquel ils se rapportent.

« Si les deniers n'ont été fournis qu'après la naissance
« du privilège au profit des aliénateurs, copartageants ou
« entrepreneurs, le privilège n'est acquis aux prêteurs
« qu'autant qu'ils ont obtenu du créancier ou du débiteur
« la subrogation conventionnelle..... »

495. — On peut donner toutefois, sinon pour justifier, au moins pour expliquer cette disposition de l'article 2103, n° 2, une raison que donnent MM. Aubry et Rau :[1] c'est que, si cette subrogation n'a rien de spécial, le privilège des prêteurs subrogés au vendeur se conserve, comme le privilège du vendeur, par des moyens qui lui sont spéciaux, ce qui permet de lui faire une place à part.

Quant aux conditions nécessaires pour que les prêteurs soient substitués aux droits privilégiés du vendeur, nous n'avons pas à nous en occuper, car ce sont les conditions générales de la subrogation de l'article 1250, et elles se rattachent à l'étude de ce dernier texte.

§ II

Du privilège des copartageants et des créanciers subrogés aux copartageants.

496. — Le privilège donné aux cohéritiers par l'article 2103, 3°, paraît, au premier abord, assez difficile à justifier dans notre législation française, en présence de la règle du partage déclaratif écrite dans l'article 883 : en effet, les deux autres privilèges sur les immeubles, le privilège du vendeur et celui des architectes et entrepreneurs, sont fondés l'un et l'autre sur un motif d'équité, car il serait injuste que le dé-

biteur et ses créanciers pussent s'enrichir aux dépens de la valeur mise par le vendeur ou l'entrepreneur dans le patrimoine du débiteur ; et en outre le privilège du vendeur repose sur un motif particulier, l'idée d'un droit réel retenu par le vendeur sur le bien par lui aliéné jusqu'au paiement du prix de ce bien.[1] Mais, le partage étant déclaratif dans notre droit, et l'héritier étant réputé avoir « succédé seul et « immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou « à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété « des autres effets de la succession », les copartageants n'ont rien transmis les uns aux autres, et dès lors comment peuvent-ils avoir un privilège pour garantir l'exécution du partage ?

Cette logique avait tellement séduit les rédacteurs de la loi du 11 Brumaire an VII qu'ils n'accordaient de privilège spécial sur les immeubles qu'au vendeur et aux entrepreneurs ou ouvriers, point aux copartageants.

Le système du Code nous paraît préférable.

En droit, le partage a un caractère mixte, « *contractus* « *mixtus..., distinctam et propriam habens naturam* », disait avec raison Dumoulin : il est tout à la fois déclaratif et translatif. Il est déclaratif en ce sens que, dans le partage de succession, par exemple, chaque cohéritier tient réellement du défunt l'origine et le principe de son droit : pendant l'indivision, il a sur les biens héréditaires un droit conditionnel, subordonné aux résultats du partage à intervenir ; et le partage fixe ses droits sur certains biens en effaçant rétroactivement ses droits sur les biens placés dans le lot de ses cohéritiers. Il est translatif en ce sens que chaque cohéritier abandonne à ses cohéritiers sa part dans les biens formant le lot de ceux-ci : c'est cet abandon réciproque qui permet à chacun d'avoir la propriété exclusive des biens formant son lot.

C'est ce côté translatif du caractère du partage qui expli-

[1] *Suprà,* Tome II, n° 460.

que ces mots de l'article 883, « chaque cohéritier est *censé* « avoir succédé seul » : cette théorie du partage déclaratif est pour partie une fiction de la loi, contraire à cette transmission réciproque des droits des copartageants qui existe dans tout partage. C'est la même idée qui permet de comprendre l'existence du privilège et de la garantie en matière de partage.

D'ailleurs l'équité, qui est l'âme des partages, surtout des partages de succession, exige qu'il en soit ainsi, et ce motif suffirait, indépendamment du caractère translatif ou déclaratif du partage : si l'héritier débiteur de la soulte, et qui a reçu un lot plus fort, puisqu'il est grevé d'une soulte, pouvait se soustraire au paiement de cette soulte, si l'héritier évincé d'une partie de son lot n'avait pas un recours contre ses cohéritiers, il en résulterait entre eux une différence de situation incompatible avec le principe essentiel du partage, l'égalité entre les copartageants.[1]

497. — En droit romain, où cependant l'on reconnaissait au partage un caractère translatif, les copartageants n'avaient ni privilège ni hypothèque tacite pour assurer le paiement des soultes, ou pour réparer les conséquences de l'éviction de l'un des biens partagés. Le partage emportait bien garantie de l'éviction, soit parce que le juge avait eu soin de faire faire par les copartageants une promesse *de evictione*, soit, s'ils ne l'avaient pas fait, par le moyen de l'action *præscriptis verbis*,[2] mais ce recours en garantie était dénué de toute sûreté particulière.

C'est dans notre ancien droit français que le privilège dont nous nous occupons a pris naissance, et Louët indique comment on est arrivé à le créer, même dans les partages faits par acte sous seing privé :

[1] *Compar.* Demolombe, *Cours de Code civil,* XV, n° 549, et XVII, n°s 264-266 ; Aubry et Rau, III, § 263, p. 172 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 199 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 575 ; Laurent, XXX, n° 26.

[2] Accarias, *Précis de Droit Romain,* II, n° 828.

« Nous tenons en France, dit-il, que depuis que quelqu'un « s'est obligé par devant notaires, tous ses biens sont telle- « ment obligez que le tiers détenteur peut estre convenu « hypothéquairement, bien que le notaire ne soit qu'une « personne particulière ; que tous jugemens emportoient « hypothèque ; pourquoy non une obligation par devant no- « taires, par devant lesquels les partages ont esté faits, « qu'au particulier, entre cohéritiers, un partage devoit ga- « rantir le lot de son cohéritier, *idem ex naturâ rei ;* qu'il « n'y avoit rien de plus équitable que d'octroyer l'hypothè- « que à l'éfet de cette garantie, garantie d'ailleurs inutile, « si elle n'avoit lieu contre le tiers détenteur, l'action per- « sonnelle estant suffisante contre le cohéritier ; que faisant « autrement, ce seroit mettre une iniquité entre les cohé- « ritiers, qui pourroient de jour à autre aliéner leur part, et « ce faisant frustrer leurs cohéritiers. »[1]

Dans notre droit intermédiaire, la loi du 11 Brumaire an VII supprima le privilège des copartageants, probablement à raison du caractère principalement déclaratif du partage. On avait essayé de soutenir qu'elle l'avait maintenu, en invoquant les traditions de l'ancien droit, le caractère d'équité de ce privilège, et les termes de l'article 14 de la loi de Brumaire, « les précédents propriétaires », expression générale qui s'applique, disait-on, aussi bien aux copartageants qu'au vendeur.[2] Mais cette interprétation n'avait pas réussi et ne pouvait pas réussir ; le droit intermédiaire, comme le faisait l'ancien droit et comme l'a fait ensuite l'article 883, admettait que le partage est déclaratif, et, dans ce système, les copartageants ne sont pas de « précédents « propriétaires », puisque le cohéritier est réputé avoir succédé seul et immédiatement au défunt.[3]

[1] Lettre H, *Sommaire* 2. — *Adde* Lebrun, *Des Successions,* Liv. IV, chap. I, n° 34 ; Basnage, *Des Hypothèques,* chap. VI ; Pothier, *De l'Hypothèque,* n° 33.

[2] Rennes, 23 mars 1812, Sirey, C. N., IV, II, 71.

[3] Pau, 14 août 1850, sous Cassation, 17 novembre 1851, Sirey, 52, I, 50, et Dalloz, 51, I, 313.

Telles sont les origines du privilège des copartageants, rétabli dans notre droit moderne par l'article 2103, 2°.

498. — Nous étudierons, sur le privilège des copartageants, les trois questions que nous avons examinées à propos du privilège du vendeur :

I. — *Dans quels cas et à quelles personnes le privilège des copartageants est accordé ;*

II. — *Pour quelles créances est-il donné.*

III. — *Sur quels biens s'exerce-t-il ?*

499. — I. *Dans quels cas et à quelles personnes le privilège des copartageants est accordé.* — Si l'on ne consultait que le texte de l'article 2103, 3°, on croirait que le privilège n'est accordé qu'aux « *cohéritiers*, sur les immeubles de la « *succession* » ; mais l'article 2109 rectifie ce que l'article 2103 a de trop restreint, et déclare que « le cohéritier *ou le* « *copartageant* conserve son privilège sur les biens de cha- « que lot... » Les raisons de faveur qui ont fait accorder ce privilège sont d'ailleurs les mêmes, qu'il s'agisse du partage d'une succession ou du partage de toute autre indivision, quelle qu'en soit la cause, société, communauté de biens entre époux, indivision résultant d'achat d'immeubles fait en commun, etc... : dans toutes ces hypothèses, il est équitable que le copartageant évincé de son lot, ou non payé de la soulte ou de la rente mise à la charge d'un autre copartageant, puisse utilement exercer son recours contre celui-ci au moyen d'un privilège.

Aussi faut-il conclure, avec une doctrine et une jurisprudence unanimes, que le privilège de l'article 2103, 3°, existe dans tout partage d'immeubles, quelle que soit la cause de l'indivision et quelle que soit la consistance des immeubles partagés, qu'il s'agisse d'une universalité, comme une succession ou une société immobilière, ou qu'il s'agisse d'un ou de plusieurs immeubles déterminés, que la masse à partager soit composée exclusivement d'immeubles ou qu'elle comprenne des meubles et des immeubles.[1] Observons seu-

[1] Cassation, 1er mai 1860, Sirey, 61, I, 267, et Dalloz, 60, I, 510 ;

lement, dans ce dernier cas, que le privilège ne s'exercera que sur les immeubles et non sur les meubles partagés, puisque le privilège de l'article 2103, 3°, est un privilège qui ne s'applique qu'aux immeubles.[1]

La loi belge du 16 décembre 1851 et le Code civil du Japon proclament expressément ce principe :

« Les créanciers privilégiés sur les immeubles, dit la loi « belge, sont :

« ... 4° Les cohéritiers *ou copartageants*... »[2]

« Les cohéritiers, *associés ou autres copropriétaires*, dit « de son côté le Code civil du Japon, ont privilège respec- « tivement sur les immeubles obtenus par chacun d'eux « dans le partage. »[3]

500. — Le privilège du copartageant existe quelle que soit la forme du partage : c'était, comme nous l'avons vu,[4] la solution de notre ancien droit, et il n'y a aucune difficulté à l'admettre aujourd'hui : ce privilège a pour cause la faveur qui s'attache à l'exécution du partage, et non la forme dans laquelle le partage est fait.

Il existe même si le copartageant contre lequel on veut l'exercer est incapable d'aliéner, comme le serait une femme dotale : les immeubles partagés ne sont entrés dans le lot

Limoges, 22 novembre 1862, Sirey, 63, II, 83, et Dalloz, 63, II, 15 ; Toulouse, 20 mai 1881, Sirey, 83, II, 81, et Dalloz, SUPPLÉMENT, V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 379. — Persil, *Régime hypothécaire,* article 2103, § 3, n° 2 ; Grenier, *Des Hypothèques,* II, n° 407; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 238; Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 18, p. 170-171 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 200 ; Colmet de Santerre, IX, n° 55 *bis* I ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 285 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 604. — *Compar.* articles 1476 et 1872.

[1] *Voir* une application intéressante de cette idée au cas de licitation séparée d'une pépinière et du sol sur lequel elle était plantée : Cassation, 5 juillet 1880, Sirey, 81, I, 105.

[2] Article 27.

[3] Livre *De la garantie des créances,* article 170.

[4] *Suprà,* n° 497.

de la femme dotale que sous la condition de l'exécution du partage, et, s'il n'est pas exécuté, l'inaliénabilité dotale ne peut pas plus faire obstacle à l'exercice du privilège du copartageant qu'elle ne ferait obstacle à l'exercice du privilège du vendeur non payé.[1]

501. — Le privilège du copartageant doit être accordé dans les partages d'ascendants, entre vifs ou testamentaires, aussi bien que dans les partages qui sont l'œuvre exclusive des copartagés. Quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur le caractère du partage d'ascendants, cet acte est toujours une division des biens de l'ascendant entre ceux qui sont appelés à lui succéder, que cette division soit faite par lui seul, comme dans le partage testamentaire, ou avec le concours des descendants, comme dans le partage entre vifs : et il serait contraire à la faveur que mérite le partage d'ascendants de lui refuser une garantie créée par la loi pour tout partage. D'ailleurs les articles 1075 et suivants ne contiennent aucune disposition qui permette d'apporter une exception à la règle générale posée par l'article 2103, 3°.[2]

502. — Du moment où un acte fait sortir d'indivision d'une manière complète des cohéritiers ou copropriétaires indivis, il donnera naissance au privilège de copartageant, quelle que soit la qualification donnée à cet acte par les

[1] Limoges, 16 juin 1860, Sirey, 61, II, 330, et Dalloz, 61, II, 71.

[2] Cassation, 4 juin 1849, Sirey, 49, I, 487, et Dalloz, 49, I, 307 ; Grenoble, 8 janvier 1851, Sirey, 51, II, 305, et Dalloz, 51, II, 188 ; Montpellier, 19 février 1852, Sirey, 55, II, 669, et Dalloz, 53, II, 204 ; Cassation, 7 avril 1860, Sirey, 61, I, 977, et Dalloz, 60, I, 499. — Grenier, *Des Hypothèques,* II, n° 407 ; Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2103, § 3, n° 4 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 315 ; Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 20, p. 171 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 206 ; Colmet de Santerre, IV, n° 243 *bis* XIV ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 576 ; Laurent, XXX, n° 28 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 606. — *Compar.* Limoges, 8 janvier 1847, Dalloz, 47, II, 159.

parties. C'est en effet un principe général que, pour déterminer les effets juridiques d'un acte, on doit s'attacher à sa nature propre, et non à la qualification plus ou moins exacte que les parties lui ont donnée. Il en sera ainsi, par exemple, d'un acte qualifié vente par lequel deux héritiers étant appelés à une succession, l'un d'eux cède à l'autre tous ses droits héréditaires : un pareil acte, qui fait cesser l'indivision entre les deux héritiers, équivaut à partage : il donnera lieu à l'application de l'article 883, quant à l'effet déclaratif qu'il est appelé à produire, et il doit, à l'inverse, procurer au cohéritier cédant les avantages attachés au partage, c'est-à-dire à l'acte qui fait cesser l'indivision.[1]

Il devra en être autrement, à notre avis du moins, si l'acte ne fait pas cesser complètement l'indivision, qu'il ait pour but, par exemple, la cession de la part de l'un des cohéritiers aux autres, qui restent dans l'indivision entre eux ; ou bien encore si, la succession étant dévolue à trois ou quatre cohéritiers, l'un d'eux cède sa part à l'un des autres. Le partage, comme son nom l'indique, est un acte qui a pour but de *faire des parts*, c'est-à-dire de répartir, entre les indivisaires, les biens dont ils sont copropriétaires ; et les actes dont nous nous occupons, qui sont de simples aliénations, ne font aucune répartition, et ne sont donc pas des partages. Ils diminuent le nombre des indivisaires, mais ils laissent subsister l'indivision : aussi croyons-nous qu'ils font

[1] Bourges, 26 janvier 1844, Sirey, 45, II, 426, et Dalloz, 45, II, 130 ; Riom, 17 août 1853, Sirey, 56, I, 49 ; Cassation, 10 novembre 1862, Sirey, 63, I, 129, et Dalloz, 62, I, 470 ; Nîmes, 22 août 1865, Sirey, 66, II, 23, et Dalloz, Supplém., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 219 ; Paris, 4 février 1892, Dalloz, 92, II, 145 ; Grenoble, 17 avril 1894, Sirey, 95, II, 79. — *Contrà,* Toulouse, 14 décembre 1850, Sirey, 51, II, 101, et Dalloz, 51, II, 85 ; Grenoble, 4 janvier 1853, Sirey, 53, II, 581, et Dalloz, 55, II, 356. — *Compar.* Riom, 13 juin 1846, Dalloz, 47, II, 103 ; Grenoble, 4 janvier 1853, Sirey, 53, II, 581, et Dalloz, 55, II, 356.

naître, au profit du cédant, le privilège du vendeur et non celui du copartageant.[1]

503. — L'acte, fût-il qualifié partage et eût-il pour effet de faire sortir les parties d'indivision, ne produirait pas le privilège du copartageant s'il constituait une libéralité de la part du cédant, et si les parties avaient voulu faire non un partage, mais une donation par l'un des indivisaires au profit de l'autre. Le partage est un acte à titre onéreux, dans lequel chacune des parties reçoit sa part soit au moyen d'une attribution dans les biens indivis, soit au moyen d'une soulte : si l'une cède sa part sans rien recevoir en échange, ou si elle ne reçoit qu'une attribution si faible que le caractère de libéralité domine dans l'acte, on est en présence non d'un partage, mais d'une donation, qui ne fait naître aucun privilège.[2]

504. — Lorsqu'il est constaté que la convention est non pas un partage, mais une vente par l'un des copropriétaires indivis au profit de l'autre, le cédant, qui n'a pas le privilège de copartageant avec le droit de suite qui y est attaché, aura-t-il du moins un droit de préférence sur la part de prix à revenir à son cessionnaire dans le bien indivis, lorsque le bien sera licité ? Cette question, très controversée au moins en doctrine, se rattache non à la matière des privilèges, que nous étudions, mais à l'interprétation de l'article 883 : il s'agit en effet de savoir jusqu'où s'étend la règle de l'effet déclaratif du partage, et si le cohéritier cédant, dont le droit à l'immeuble est transformé par l'effet de la licitation en un droit sur le prix, est réputé d'une façon absolue n'avoir jamais été propriétaire des biens licités, de

[1] Lyon, 29 juillet 1853, Sirey, 53, II, 581, et Dalloz, 54, II, 236 ; Alger, 4 avril 1877, Dalloz, Supplém., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 219 ; Poitiers, 10 juillet 1889, Sirey, 91, II, 110, et Dalloz, 90, II, 183 ; Cassation, 4 mars 1891, Sirey, 94, I, 411. — *Contrà,* Montpellier, 21 décembre 1844, Dalloz, 45, II, 130 ; Pau, 15 décembre 1890, Dalloz, 92, II, 120 ; Cassation, 26 juin 1895, *Pandectes françaises,* 96, I, 9, et *France judiciaire,* 95, II, 360.

[2] Agen, 3 juin 1890, *Pandectes françaises,* 90, II, 192.

telle manière que le prix à lui attribué représente non pas un prix d'immeuble, qui sera réparti suivant les causes de préférence entre ses créanciers privilégiés ou hypothécaires, mais une somme d'argent, qui sera distribuée par voie de contribution entre tous ses créanciers même chirographaires ? Il nous suffit de signaler cette question, en renvoyant pour son étude à l'examen de l'article 883, et en indiquant que la jurisprudence est formée dans le sens de l'application absolue de l'article 883, et du rejet de tout droit de préférence au profit des créanciers privilégiés ou hypothécaires du cohéritier non adjudicataire.

504 I. — Il est à peine besoin de dire que le privilège de l'article 2103, 3°, n'existe qu'après le partage, et lorsqu'il naît à raison du partage dont il a pour but d'assurer l'exécution. Il ne garantit donc pas la créance des cohéritiers contre l'un d'eux, lorsqu'elle résulte d'une cause étrangère au partage : c'est ainsi qu'il ne sera pas donné pour le paiement du prix d'un immeuble héréditaire acquis par l'un des cohéritiers, lorsque celui-ci était rempli autrement de ses droits héréditaires, et que la créance existant contre lui n'est qu'une créance de prix de vente.[1]

505. — II. *Pour quelles créances le privilège des copartageants est-il donné.* — D'après l'article 2103, 3°, ce privilège est accordé pour deux causes, la garantie des lots et le paiement des soultes ou retours de lots ; l'article 2109 en ajoute une troisième, le prix de licitation.

Nous allons examiner successivement ce qui concerne chacune de ces causes de privilège.

506. — Le privilège est donné d'abord, pour « la garan- « tie des lots ». A ce point de vue, il assure à chaque cohéritier la valeur de tout ce qui a fait l'objet du partage et qui a été, à ce titre, compris dans son lot, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, de biens corporels ou incorporels, de choses principales ou accessoires : ces divers éléments con-

[1] Cassation, 29 mars 1892, Dalloz, 93, I, 168.

tribuent à former le lot du cohéritier, et par suite doivent leur être garantis par leurs cohéritiers.

Mais il importe de rappeler un principe essentiel en matière de garantie, qu'il s'agisse de la garantie des partages ou de la garantie due par le vendeur : c'est qu'elle n'existe qu'à raison de l'état et de la condition des biens au moment de l'acte qui donne lieu à la garantie ; et les copartageants, pas plus que le vendeur, ne sont garants des événements qui, postérieurement à la convention de vente ou de partage, sont venus enlever à l'un d'eux tout ou partie des biens vendus ou partagés. Ce principe est formellement exprimé, en matière de partage, par l'article 884, dont nous rappelons les termes : « Les cohéritiers demeurent respectivement garants, « les uns envers les autres, des troubles et évictions seule- « ment *qui procèdent d'une cause antérieure au partage.* »

Ce principe, qui limite l'étendue de la garantie en matière de partage, limite en même temps l'étendue du privilège ; il suit de là que si l'éviction dont se plaint le copartageant procède d'une cause postérieure au partage, il n'aura aucun recours contre ses copartageants, et par suite aucun privilège sur les immeubles partagés.[1]

C'est ainsi par exemple qu'en matière de créances, le copartageant qui se plaint de l'insolvabilité des débiteurs dont les créances ont été mises dans son lot n'aura aucun privilège, si cette insolvabilité est née postérieurement au partage.[2]

507. — Le privilège doit être donné non seulement pour la garantie des biens réellement partagés, mais encore pour la garantie des rapports à effectuer par les copartageants : la masse à partager comprend d'abord les biens réellement existants, puis ceux qui doivent être rapportés par les cohéritiers, et l'exécution du partage serait incomplète, si les rapports n'étaient par effectués. Le cohéritier dans le lot duquel est placé un bien qui doit être rapporté par l'un de

[1] Cassation, 24 décembre 1866, Sirey, 67, I, 122, et Dalloz, 67, I, 211.

[2] Besançon, 2 août 1864, Dalloz, 64, II, 196.

ses cohéritiers aura donc un privilège, au cas d'inexécution de l'obligation de celui-ci.

Mais le privilège s'étend-il aux restitutions de fruits qui doivent être faites par l'un des copartageants à l'autre, à raison de la jouissance qu'il a eue de tout ou partie des biens pendant la période d'indivision?

La négative a été soutenue, par ce motif que les privilèges sont de droit étroit, et que la loi n'accorde le privilège des copartageants que pour le partage des biens héréditaires, et non pour garantir les restitutions que les copartageants peuvent avoir à se faire les uns aux autres. Les fruits perçus après l'ouverture de la succession n'ont jamais dépendu de l'hérédité, et leur restitution ne peut donner lieu qu'à une action purement personnelle.[1]

L'opinion contraire, généralement adoptée, nous semble préférable. C'est un principe ancien, plusieurs fois rappelé par les jurisconsultes romains, que les fruits des biens héréditaires produits avant le partage doivent être considérés comme faisant partie de l'hérédité:

« *Hereditas juris nomen est, quod et accessionem et deces-*
« *sionem in se recipit: hereditas autem vel maxime fructibus*
« *augetur.* »[2]

Les fruits perçus par l'un des héritiers devront être comptés dans la masse des biens à partager, puisqu'ils constituent une valeur commune au même titre que les biens qui les ont produits; et si, par la composition des lots, l'héritier qui les a perçus est constitué débiteur de leur valeur vis-à-vis d'un de ces cohéritiers, le privilège doit garantir cette créance comme il garantit les autres biens compris

[1] Toulouse, 9 juin 1824, Dalloz, Répert. alphab., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 448 ; Aix, 12 juillet 1826, et Pau, 28 juillet 1828, Dalloz, *Op. et Loc. citat.* — Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 159 ; Duranton, XIX, n° 187 ; Laurent, X, n° 642.

[2] L. 178, d., *De verbor. signific.* (L. 16). — *Adde* L. 20, § 5, d., *De hereditatis petitione* (V, 3) ; et L. 9, cod., *Familiæ erciscundæ* (III, 36).

dans la formation des lots. Que l'on n'objecte point que le texte des articles 2103 et 2109 ne parle pas des restitutions de fruits: l'article 2103 parle de la garantie des partages, et cela suffit, puisque la valeur des fruits perçus doit être comprise dans le partage de la succession, sur la même ligne que les biens héréditaires proprement dits.[1]

508. — Lorsque la convention de partage impose à l'un des copartageants la charge d'une servitude et l'obligation de faire à ses frais les travaux nécessaires pour l'entretenir, l'exécution de cette obligation sera-t-elle garantie par le privilège de copartageant? La Cour de cassation a admis la négative, par la raison que la charge d'entretenir la servitude constitue un droit réel, et qu'elle est imposée à tous les détenteurs successifs du fonds qui en est grevé. Il ne peut donc être question de privilège pour en garantir l'exécution, car le privilège est l'accessoire d'une créance, et ici il n'y a pas de créance établie par la convention de partage.[2]

Nous pensons au contraire que le privilège doit être accordé au copartageant dont le lot est créancier de la servitude. Sans doute la clause de l'acte de partage a créé une charge réelle, qui grève le fonds, dans quelques mains qu'il passe; mais elle a en même temps imposé une obligation personnelle au copartageant dans le lot duquel se trouve l'immeuble grevé de la charge. Tant qu'il conserve cet immeuble, il est tenu personnellement d'exécuter cette charge, comme il est tenu des autres conditions du partage, et la créance qui en résulte doit être garantie par le privilège de

[1] Riom, 3 juillet 1822, Dalloz, Répert. alphab., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 448 ; Cassation, 11 août 1830, Sirey, 31, I, 63. — Troplong, *De Privilèges et Hypothèques,* I, n° 239 ; Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 23, p. 172 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 204 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 578 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 286 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 613.

[2] Cassation, 7 mars 1859, Dalloz, 59, I, 157.

l'article 2103; c'est, en ce qui concerne le copartageant, une créance, et une créance qui naît du partage.[1]

509. — Le copartageant, obligé soit par l'une des clauses du partage, soit par le résultat de l'action hypothécaire, de payer plus que sa part dans une des dettes de la succession, ou de payer une dette qui doit être finalement supportée par un autre des copartageants, a-t-il un privilège pour garantir le recours qu'il est en droit d'exercer contre le débiteur ou les débiteurs réels de cette dette?

Non, d'après certains auteurs. Le paiement d'une dette de la succession et le remboursement que le cohéritier qui a payé a le droit d'obtenir n'ont pas été prévus par le législateur, lorsqu'il a organisé le privilège des copartageants, et comme en cette matière tout est de droit étroit, on ne peut étendre le privilège à cette cause de créance que la loi n'a pas visée. Que l'on ne dise pas que l'équité commande cette solution: c'est là un argument pour déterminer le législateur à accorder le privilège dans cette hypothèse, ce n'est pas un argument pour l'interprète, qui n'a pas le droit d'étendre un privilège à une cause de créance non prévue, si favorable qu'elle puisse être.[2]

L'opinion contraire doit, à notre avis, être adoptée.

C'était la solution donnée dans notre ancien droit par Pothier, dans le cas particulier où le mari avait, après la dissolution de la communauté, payé la part de la femme ou des héritiers de celle-ci dans une dette de communauté :

« Je pense, disait-il, qu'on ne peut refuser au mari, pour « son action d'indemnité, une hypothèque privilégiée sur « les conquêts échus à la femme par le partage, la femme « ne pouvant avoir droit de prendre part aux biens de la « communauté qu'à la charge de payer les dettes. »[3]

Pour admettre cette solution dans notre droit nouveau,

[1] Laurent, XXX, n° 29.

[2] Grenier, *Des Hypothèques*, II, n° 399 ; Duranton, XIX, n°s 187-188 ; Laurent, XXX, n° 40.

[3] *De la Communauté*, n° 762.

nous reconnaissons que l'équité ne suffit pas, et qu'il faut que cette cause de créance, toute favorable qu'elle soit, rentre dans le texte de la loi qui crée le privilège. A ce point de vue, nous reconnaissons que c'est à bon droit que l'opinion que nous combattons critique un certain nombre des auteurs qui défendent notre solution, en se fondant uniquement sur la nécessité de maintenir l'égalité entre les copartageants.

M. Martou rattache cette cause de privilège à la garantie des soultes expressément prévue par la loi :

« Les sommes qu'un copartageant doit payer, à la dé-
« charge personnelle d'autres copartageants, en compen-
« sation de ce qui dépasse sa part virile dans l'actif, for-
« ment, dit-il, de véritables soultes... Peu importe que le
« copartageant paye directement à ses cohéritiers, ou qu'il
« paye, à leur décharge, aux créanciers, toujours est-il vrai
« qu'il ne devient propriétaire des biens excédant sa part
« de communiste qu'en rendant une somme déterminée ;
« c'est l'origine et la cause de l'obligation contractée par le
« communiste qu'il faut considérer pour décider s'il y a
« soulte, sans qu'il importe de savoir à qui le payement
« doit être fait. »[1]

Il nous paraît impossible d'admettre cette argumentation : la « soulte ou retour de lots », comme l'appelle l'article 2103, est la somme ou valeur attribuée à l'un des copartageants en compensation de l'inégalité de son lot, *en retour* de cette inégalité. Lorsque les lots sont égaux, que le partage est fait but à but, il ne peut être question de soulte.

Mais on peut, à notre avis, très bien rattacher cette créance à « la garantie des partages » prévue par l'article 2103, et dont nous examinons l'étendue. Le partage implique l'obligation pour les copartageants de se tenir compte des sommes que l'un d'eux, en vertu ou comme conséquence du partage, doit payer à l'acquit des autres, et cette obligation doit être garantie par le privilège de copartageant, comme toutes les autres obligations nées du partage. Si l'on ajoute à cet ar-

[1] *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 585.

gument de texte l'analogie qui existe entre cette cause de créance et les autres causes pour lesquelles le privilège a été créé, le désir du législateur de maintenir l'égalité entre les copartageants, et enfin les précédents historiques, l'opinion que nous adoptons est, à notre avis, pleinement justifiée.[1]

Observons toutefois que le privilège n'existe dans ce cas que si le cohéritier qui a payé la dette de l'un de ses cohéritiers a été obligé d'effectuer ce paiement : s'il l'a fait volontairement, ce ne sera plus en vertu du partage qu'il aura payé, et il ne pourra avoir contre son cohéritier qu'une action purement personnelle.[2]

510. — Le privilège pour la garantie des partages ne peut être donné que pour le partage des biens indivis entre les communistes ; s'il a été joint à ces biens indivis, pour en faire l'objet d'un partage unique, des biens ayant une autre origine, et à propos desquels aucune indivision n'existait, le privilège ne s'étendra pas à la garantie de ces derniers biens. La nécessité de sortir d'indivision et la faveur qui s'attache au partage des biens indivis sont les seules causes du privilège créé par la loi, et par suite elles en fixent la limite.[3]

511. — Le privilège des copartageants n'existe, en matière de garantie, que pour « la garantie des partages », suivant les expressions de l'article 2103 : il ne doit donc pas être accordé pour la garantie des condamnations prononcées contre l'un des copartageants pour recélé ou détour-

[1] *Sic,* sinon comme motifs, au moins comme solution, Cassation, 2 avril 1839, Sirey, 39, I, 380 ; Toulouse, 15 janvier 1841, Sirey, 41, II, 238 ; Paris, 2 février 1884, Dalloz, 85, II, 39. — Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2103, n° 5 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 239 ; Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 24, p. 172 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 205; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 585 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 280 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 614.

[2] Toulouse, *Arrêt précité* du 15 janvier 1841. — Pont, *Op. et Loc. citat.*

[3] Cassation, 5 (ou 6) avril 1881, Sirey, 81, I, 460, et Dalloz, 81, I, 358.

nements découverts après le partage, si le copartageant au préjudice duquel le détournement a été commis ne fait pas prononcer la nullité du partage, mais se borne à obtenir une condamnation en restitution contre leur auteur. La créance qui provient de cette condamnation ne naît pas du partage, qui n'a pas été attaqué, elle naît du jugement de condamnation, et la loi ne donne dans ce cas aucun privilège.[1]

512. — La loi belge du 16 décembre 1851, fidèle au principe général sur lequel le crédit hypothécaire est maintenant fondé en Belgique, le principe de la spécialité, exige que le chiffre de la créance privilégiée qui peut naître de la garantie des partages soit fixé par l'acte de partage :

« Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont...

« 4° Les cohéritiers ou copartageants, savoir...

« Pour la garantie établie par l'article 884 du Code civil, « sur tous les immeubles compris dans le lot des garants, « à moins que l'acte de partage ne restreigne le privilège « à une partie de ces immeubles, ce privilège n'aura lieu « qu'autant que l'acte de partage contiendra la stipulation « d'une somme fixe pour le cas d'éviction. »[2]

Cette limitation n'existe pas dans notre droit français, où aucun texte ne l'impose, mais elle devra évidemment prendre place dans la réforme hypothécaire projetée, si, comme nous l'espérons, cette réforme fait disparaître les hypothèques et les privilèges généraux.

513. — Le privilège de l'article 2103, 3°, est donné, en second lieu, pour la garantie « des soulte ou retour de lots ».

Ce privilège est-il donné seulement pour le capital de la soulte, ou est-il donné aussi pour les intérêts que la soulte peut produire? Cette question en suppose une autre résolue : la soulte de partage produit-elle des intérêts de plein droit?

L'affirmative est soutenue, par analogie de l'article 1652

[1] Agen, 22 décembre 1846, Sirey, 47, II, 204, et Dalloz, 47, II, 27. — Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 25, p. 172 ; Laurent, XXX, n° 41.

[2] Article 27, 4°.

du Code civil. Ce texte, qui n'est lui-même que la reproduction d'une loi romaine,[1] est fondé sur une considération d'équité : puisque l'acheteur jouit des fruits de la chose qu'il a acquise, il serait injuste qu'il conservât en même temps les intérêts du capital dont il est débiteur. Ce motif s'applique, d'une façon absolue, à la créance de la soulte dans les partages, et là aussi il serait injuste que l'un des copartageants, qui a la jouissance de l'immeuble mis en excédent dans son lot, eût en même temps la jouissance de la soulte qui représente la valeur de cet excédent : cette soulte n'est en réalité que le prix de vente de l'excédent d'un lot sur l'autre, et elle doit être traitée de la même manière.[2]

L'opinion contraire nous semble préférable. Aux termes de l'article 1153, les intérêts ne sont dus que du jour de la demande, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit : il y a un texte en matière de vente, il n'y en a pas en matière de partage, d'où la conclusion qui nous paraît s'imposer que les intérêts de la soulte ne courront pas de plein droit, l'analogie ne suffisant pas dans les dispositions exceptionnelles pour lesquelles la loi exige un texte formel.[3]

Mais la soulte peut produire des intérêts en vertu d'une clause formelle de l'acte de partage, et alors le privilège garantira le paiement des intérêts comme celui du capital ; dans ce cas la soulte stipulée dans le partage comprend deux éléments, le capital et les intérêts, qui doivent être garantis de la même façon.[4]

514. — Enfin, d'après l'article 2109, le privilège des copartageants est donné pour « le prix de la licitation ». Rien n'est plus équitable que cette disposition : la licitation entre cohéritiers ou copartageants équivaut à partage, et le paiement

[1] L. 13, § 20, D., *De action. empt.* (XIX, 1).

[2] Merlin, Répert., V° *Intérêts*, § II, n° 3 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 580 ; Laurent, XXX, n° 31, et X, n° 332.

[3] Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 240 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 207 *bis*.

[4] Martou et Pont, *Op. et Loc. citat.*

du prix de la licitation, qui va constituer pour les cohéritiers non adjudicataires leur lot, doit être garanti par la loi.

Le « prix de la licitation » comprend tout ce qui est dû par le copartageant adjudicataire par suite de l'adjudication prononcée à son profit, non seulement le prix moyennant lequel il s'est rendu adjudicataire, mais encore le supplément de prix qu'il devrait par suite de la constatation d'une lésion de plus du quart au préjudice de ses copartageants. Ce supplément de prix s'ajoute au prix fixé primitivement, il participe de sa nature juridique, il est au même titre la représentation de la valeur de l'objet licité, et le recouvrement en est assuré par les mêmes garanties.[1]

Mais le privilège ne s'étend qu'à la portion de prix due par le copartageant adjudicataire aux autres copartageants : quant à la portion du prix représentant les droits du copartageant adjudicataire dans l'immeuble licité, elle s'éteint par confusion et ne peut donner lieu au privilège, car le privilège suppose une créance, et l'adjudicataire n'est pas débiteur de cette portion du prix.[2]

515. — III. *Sur quels biens s'exerce le privilège des copartageants.* — Il faut, pour répondre à cette question, distinguer entre les différentes causes pour lesquelles ce privilège est donné.

S'il s'agit de la garantie des partages ou du paiement d'une soulte, le privilège grève tous les immeubles partagés. C'est ce qui résulte du texte de l'article 2103, qui déclare que les cohéritiers sont privilégiés « *sur les immeubles* « *de la succession*, pour la garantie des partages faits entre « eux, et des soultes, ou retours de lots ».

Il s'étend même, au moins d'après l'opinion la plus accré-

[1] Cassation, 30 juin 1873, Dalloz, 74, I, 106.

[2] Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 208 ; Garsonnet, *Note,* Dalloz, 92, II, 145 ; Wahl, *Note,* Sirey, 93, II, 89 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 619. — *Voir* toutefois Paris, 4 février 1892, Sirey, 93, II, 89, et Dalloz, 92, II, 145.

ditée et que nous croyons la meilleure, aux immeubles mis dans le lot des copartageants non débiteurs de la soulte.

Cette opinion est contestée par MM. Pont et Thézard. D'après eux, le privilège pour paiement de la soulte ne doit s'étendre qu'aux biens mis dans le lot de l'héritier débiteur de la soulte, sauf dans le cas où celui-ci était insolvable lors du partage. Ces auteurs reconnaissent que la généralité des termes de l'article 2103, « ... sur les immeu- « bles *de la succession* », conduirait à adopter le système qu'ils combattent ; mais ce texte est rectifié, disent-ils, par l'article 2109 qui indique que le cohéritier ou copartageant conserve son privilège « sur les biens *de chaque lot* ». Le privilège du copartageant pour le paiement de la soulte ne grève donc pas tous les biens de la succession, mais les biens de chaque lot, dans la mesure où l'un des copartageants est débiteur de l'autre ; et la soulte n'est due que par le copartageant, ou les copartageants à la charge desquels l'acte de partage la met. Il n'y a donc que ce lot ou ces lots qui peuvent être grevés du privilège.

Il n'en serait différemment que si le copartageant débiteur de la soulte était insolvable lors du partage. Son insolvabilité doit se répartir entre tous les cohéritiers, et le lot de chacun d'eux sera grevé du privilège pour sa part dans la soulte, non à raison de l'obligation de payer la soulte, mais à raison du principe de la garantie des partages.[1]

516. — Ce système doit, à notre avis, être écarté, soit à raison du texte de l'article 2103, soit à raison de la base même du privilège donné à raison des soultes ou retours de lots. Tout d'abord, l'article 2103 déclare que le privilège s'étend dans ce cas sur « les immeubles de la succession » ; et on ne peut pas admettre que cet article soit modifié par l'article 2109, qui n'a d'autre but, comme le dit très bien M. Colmet de Santerre, que de régler la publicité du privilège du copartageant, et non de restreindre l'étendue des

[1] Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, 207 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques*, n° 288.

droits créés par l'article 2103. Puis, en se plaçant au point de vue des motifs du privilège des copartageants, on doit admettre qu'il s'étend à tous les immeubles de la succession pour le paiement de la soulte : la soulte est en effet l'une des conditions du partage, et les copartageants sont tous garants, les uns vis-à-vis des autres, de l'exécution de ces conditions. C'est pour cela que l'article 2103 donne ce privilège sur tous les immeubles de la succession, et on doit lui maintenir ce caractère de généralité.[1]

517. — Si le privilège grève tous les immeubles de la succession, dans le cas de garantie ou dans le cas de non paiement de la soulte, il ne les grève que dans la mesure où chaque héritier est tenu personnellement de l'obligation de garantie. Le privilège ne peut être plus étendu que la créance à laquelle il est attaché, et, dans le but d'éviter des recours entre cohéritiers, l'article 885 déclare que chaque héritier est tenu d'indemniser le cohéritier évincé « en proportion « de sa part héréditaire ». Le même principe doit être appliqué au cas de non paiement de la soulte fixée dans l'acte de partage, les limites de la garantie devant être les mêmes pour tous les cas dans lesquels le partage n'est pas exécuté, qu'il s'agisse de garantie ou de non paiement de la soulte.[2]

De même, en cas d'insolvabilité d'un cohéritier appelé à répondre de l'éviction subie par l'un de ses cohéritiers, le second alinéa de l'article 885 porte que cette insolvabilité

[1] Caen, 10 février 1851, Sirey, 53, II, 73, et Dalloz, 55, II, 5. — Duranton, XIX, n° 186 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 237 ; Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 27, p. 172-173 ; Colmet de Santerre, IX, n° 55 *bis* III.

[2] Caen, 10 février 1851, Sirey, 53, II, 73, et Dalloz, 55, II, 5 ; Cassation, 19 juillet 1864, Sirey, 64, I, 445, et Dalloz, 64, I, 470. — Duranton, XIX, n° 185 ; Demolombe, XVII, n° 369 ; Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 28, p. 173 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n°s 202 et 207 ; Colmet de Santerre, IX, n° 55 *bis* V ; Laurent, XXX, n° 36 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 288 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 622.

devra être également répartie entre le garanti et tous les cohéritiers solvables, et cette limite de la créance sera en même temps la limite du privilège.[1]

518. — Si le privilège a pour but de garantir le paiement du prix de la licitation, il ne s'étend que « sur le bien « licité », suivant les expressions formelles de l'article 2109. C'est ainsi que, lorsqu'il s'agit d'un prix de vente, le privilège du vendeur ne porte que sur l'immeuble vendu : « La « cause du privilège est spéciale, dit très bien M. Laurent, « le privilège aussi doit l'être. » D'ailleurs, comme il n'a d'autre but que de garantir aux copartageants le paiement d'une partie du prix du bien, cette étendue donnée au privilège est suffisante pour garantir le paiement de la créance.[2]

Mais quel sens faut-il donner à ces mots, « prix de la lici- « tation », lorsque l'immeuble licité a été revendu sur folle enchère, et que le prix de la seconde licitation a été inférieur à celui de la première ? Le droit de faire revendre sur folle enchère le bien licité n'existe pas de plein droit dans les partages faits par voie de licitation, et même la question de savoir si on peut insérer une clause formelle de folle enchère dans le cahier des charges devant servir de base à la licitation a été très discutée. Mais la jurisprudence s'est prononcée dans le sens de l'affirmative,[3] et alors naît la question que nous venons de poser : si le prix de la seconde licitation est inférieur à celui de la première, les copartageants auront-ils néanmoins un privilège pour le montant du prix de la première licitation ?

Non, d'après une première opinion, et le privilège devra être limité au chiffre obtenu dans la seconde licitation. La revente sur folle enchère opère, dit-on, comme une con-

[1] Laurent, XXX, n° 36.

[2] Duranton, XIX, n° 184 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 239 ; Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 26, p. 172 ; Laurent, XXX, n° 33 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 289.

[3] Cassation, 2 janvier 1884, Dalloz, 84, I, 315.

dition résolutoire, elle efface rétroactivement la première adjudication et fait disparaître toutes les charges qui grevaient l'immeuble du chef de l'adjudicataire primitif, notamment le privilège résultant de la première adjudication. Le privilège de copartageant ne peut plus exister qu'à raison de la seconde adjudication, et dans les limites de celle-ci, d'après le prix qu'elle a atteint. Quant à la différence entre le prix de la première adjudication et celui de la seconde, le copartageant premier adjudicataire continuera bien d'en être débiteur vis-à-vis de ses colicitants, mais à titre purement personnel, et sans que le paiement de cette différence soit garanti par aucun privilège.[1]

519. — L'opinion contraire doit, à notre avis, être préférée, et cela par une raison décisive que donnent MM. Aubry et Rau : l'article 779 du Code de procédure, modifié par la loi du 21 mai 1858, prouve que la première adjudication n'est pas réputée non avenue, comme le soutient l'opinion que nous combattons. Ce texte porte en effet que si l'adjudication sur folle enchère intervient au cours de l'ordre, elle ne donne pas lieu à une nouvelle procédure : le juge modifiera seulement les bordereaux d'après le résultat de la nouvelle adjudication, puis les rendra exécutoires contre le nouvel adjudicataire. La première adjudication est donc maintenue, elle doit produire ses effets entre le cohéritier adjudicataire et ses colicitants, et la créance qui est née de cette adjudication est protégée par le privilège de l'article 2103. Sans doute les droits réels qui grevaient l'immeuble du chef de l'adjudicataire fol enchéri disparaîtront avec le titre de cet adjudicataire : mais il n'en sera pas de même du privilège de copartageant, qui ne disparaît pas plus que la créance résultant de la différence entre le prix des deux adjudications.

Cette solution est d'ailleurs la seule équitable. Si, au lieu

[1] Rouen, 30 décembre 1850, Sirey, 51, II, 401, et Dalloz, 51, II, 246. — Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 208 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 582 ; Laurent, XXX, n° 33.

d'agir par voie de folle enchère, les colicitants avaient agi par voie d'expropriation et de revente, ils auraient produit à l'ordre pour le prix de l'adjudication intervenue au profit de leur cohéritier : la clause de folle enchère, exceptionnellement introduite en leur faveur, ne peut modifier l'étendue de leurs droits.[1]

520. — Si le copartageant, adjudicataire sur licitation et par suite débiteur vis-à-vis de ses copartageants de leur part dans le prix de la licitation, devient attributaire de cette part par le résultat de la liquidation, en qualité d'usufruitier, le privilège de l'article 2103 cessera d'en garantir la restitution. Le cohéritier adjudicataire n'est plus en effet débiteur de cette somme en qualité d'adjudicataire : une novation s'est opérée dans son titre, il est débiteur comme usufruitier, et non comme acquéreur. La restitution des sommes qu'il doit comme usufruitier peut être protégée, suivant les cas, par une caution ou par une garantie équivalente, mais elle ne l'est pas par un privilège. C'est ce qui arrivera, notamment, dans le cas où l'adjudication de biens de communauté est prononcée au profit de la veuve survivante, et où la portion de prix à laquelle elle n'a pas droit comme femme commune lui est attribuée comme usufruitière :[2] dans cette hypothèse, et, d'une manière plus générale, dans toutes celles où l'adjudicataire reçoit l'attribution à titre d'usufruitier des parts de prix revenant à ses colicitants, le privilège de l'article 2103, 3°, cesse d'être applicable.[3]

521. — Le privilège du copartageant, que nous étudions, fait naître la même question que le privilège du vendeur, au point de vue des additions ou améliorations ap-

[1] Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 19, p. 171 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 286.

[2] Tribunal de la Seine, 7 novembre 1891, *Pandectes françaises,* 92, II, 290, et Dalloz, Supplém., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 222.

[3] Cassation, 9 août 1882, Sirey, 83, I, 402, et Dalloz, 83, I, 134 ; Cassation, 15 novembre 1886, Sirey, 90, I, 339, et Dalloz, 87, I, 499 ; Cassation, 9 décembre 1891, Sirey, 92, I, 59 ; Dalloz, 92, I, 68 ; et *Pandectes françaises,* 92, I, 65.

portées à l'immeuble, et du conflit du privilège immobilier avec le privilège du vendeur des effets mobiliers ayant servi à ces améliorations.[1] Nous examinerons en même temps les deux questions, lorsque nous étudierons l'article 2133 auquel elles se rattachent, dans le Tome III de ce *Traité*.

522. — L'article 2103, 1°, contient, en ce qui concerne le privilège du vendeur, une disposition d'après laquelle, au cas de plusieurs ventes successives, le premier vendeur est préféré au second, le second au troisième, et ainsi de suite. Le § 3 ne reproduit pas la même disposition pour le cas de partages successifs, mais la règle établie pour les ventes n'en doit pas moins être suivie. Au cas de partage comme au cas de vente, le bien qui a été l'objet d'un premier partage n'est entré dans le patrimoine des copartageants que grevé du privilège de l'article 2103, et si plus tard il intervient un nouveau partage, le privilège qui en naît ne grève le bien que dans l'état où il est, c'est-à-dire déjà amoindri par l'existence du premier privilège.[2]

523. — Il importe de ne pas confondre le privilège des copartageants, que nous étudions, avec le droit réel qui naît au profit des cohéritiers de l'obligation du rapport. Pour l'exercice de ce droit, et pour faire tomber les inscriptions qui seraient prises sur les biens rapportables par les créanciers du cohéritier débiteur du rapport, les cohéritiers n'ont à prendre aucune mesure conservatoire : ces inscriptions ne produisent aucun effet à raison de la seule obligation du rapport, qui opère comme une condition résolutoire,[3] tandis que le privilège des copartageants est soumis, comme nous le verrons, à des conditions de publicité sans lesquelles il n'est pas opposable aux tiers.

524. — L'article 2103 qui prévoit, assez malencontreusement d'ailleurs, comme nous l'avons dit,[4] la transmission

[1] *Suprà*, Tome II, n° 490.
[2] Martou, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n°s 589 et 560.
[3] Cassation, 29 mars 1892, Dalloz, 93, I, 168.
[4] *Suprà*, II, n° 493.

du privilège du vendeur à des créanciers subrogés à ses droits, ne parle pas de la subrogation au privilège des copartageants : mais ce n'est là qu'un vice de rédaction. Le principe de la subrogation est écrit, d'une façon générale, dans l'article 1250, 2°, et il s'applique au privilège du copartageant comme à tous autres droits privilégiés ou hypothécaires, pourvu que le créancier remplisse les conditions exigées par ce texte pour obtenir la subrogation.[1]

§ III

Du privilège des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers, et des créanciers qui leur sont subrogés.

525. — Aux termes de l'article 2103, n° 4, un privilège sur les immeubles est accordé aux « architectes, entrepre-« neurs, maçons et autres ouvriers, employés pour édifier, « reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux, ou au-« tres ouvrages quelconques ».

L'article ajoute que ce privilège « se réduit à la plus « value existante à l'époque de l'aliénation de l'immeuble et « résultant des travaux qui y ont été faits ».

Rien de plus équitable que ce privilège : les travaux pour lesquels il est accordé, en conférant une plus value à l'immeuble ont enrichi le débiteur et les créanciers de celui-ci, et l'équité veut que les constructeurs soient préférés à tous autres sur la plus value conférée à l'immeuble auquel ils ont travaillé.

526. — L'origine de ce privilège de l'article 2103, 4°, remonte à la loi romaine : elle accordait une hypothèque tacite et un privilège personnel aux créanciers qui avaient prêté des fonds pour reconstruire un édifice, ou pour construire et armer un navire.[2] Mais il paraît résulter des textes,

[1] Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n°s 221 et 223.

[2] L. 1, D., *In quib. caus. pign. tacit.* (XX, 2) ; L. 1, D., *De cession. bon.* (XLII, 3) ; L. 26, D., *De reb. auctorit. judic.* (XLII, 5).

bien que la question soit controversée entre les interprètes du droit romain, que ce privilège ne s'appliquait qu'à la reconstruction des édifices détruits, et n'avait d'autre but que d'empêcher le spectacle attristant d'édifices en ruines, *ne ruinis urbs deformetur*. Aussi les textes que nous venons de citer n'accordent-ils le privilège ou l'hypothèque tacite qu'aux prêteurs de deniers, point aux ouvriers qui ont travaillé aux constructions, et limitent-ils cette faveur au cas de reconstruction, *ob restitutionem ædificii*.[1]

Dans notre ancien droit, ce privilège fut élargi, on l'accorda d'abord à tous ceux dont les deniers avaient servi, non seulement à reconstruire, mais à réparer des édifices. Brodeau cite, à ce point de vue, « un arrest prononcé en « robes rouges par M. le président Séguier, le 2 avril 1577, « par lequel la Cour jugea que le créancier des deniers du- « quel une maison sise au village de Montreuil sur le bois, « saisie et mise en criées, avoit été réparée, seroit préféré « au bailleur de la maison, encore qu'il fût seigneur direct, « ou du moins le premier et plus ancien créancier, et eût « une hypothèque expresse sur cette maison. »

Puis on le donna non seulement pour des constructions ou réparations, mais aussi pour des constructions nouvelles. Enfin on l'accorda directement, en outre des prêteurs de deniers, aux ouvriers qui avaient fait les travaux de construction, de réparation ou de reconstruction.[2]

527. — La loi du 11 Brumaire an VII, en maintenant ce privilège, l'a soumis à des conditions nouvelles, que le Code civil a maintenues :

« Il y a aussi privilège, dit l'article 12, en faveur des « ouvriers et de leurs cessionnaires, mais seulement jus- « qu'à concurrence de la plus value existante au moment

[1] Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 241 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 209 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 590.

[2] Brodeau, sur Louët, LETTRE H, *Sommaire* 21, n° 3 ; Basnage, *Des Hypothèques,* chap. XIV.

« de l'aliénation, quand cette plus value a pour origine les « constructions, réparations et autres impenses que les ou- « vriers y auraient faites, et lorsque, avant le commence- « ment des travaux, il aura été dressé un procès-verbal qui « constate l'état dudit immeuble, l'utilité de ces ouvrages, « et qu'il aura été procédé à leur réception deux mois au « plus tard après leur confection. Ces procès-verbaux se- « ront dressés par des experts nommés d'office par le juge « de paix du canton où l'immeuble est situé, et en présence « du commissaire du directoire exécutif près l'administra- « tion municipale du même arrondissement. »

L'article 13 ajoute que ces deux procès-verbaux doivent être inscrits, et que le privilège n'a d'effet que par leur inscription.

Ces formalités, maintenues par le Code civil sauf quelques modifications de détail que nous aurons à signaler, rendent bien peu pratique le privilège dont nous nous occupons; outre leur complication, elles ont le grave inconvénient, surtout le premier procès-verbal et l'inscription qui doit être prise à la suite, de révéler chez le constructeur peu de confiance dans la solvabilité de celui pour le compte duquel il travaille. Aussi, comme on l'a dit, ces formalités pourront conserver le privilège, mais elles feront probablement perdre le client, irrité à bon droit à la vue de ces mesures de défiance.

Aussi, dans les divers projets de réforme hypothécaire élaborés en France depuis le commencement du siècle, a-t-on réclamé la suppression de ce privilège, ou l'abrogation des formalités créées par la loi de Brumaire.

En fait, il ne sert guère que pour les édifices élevés pour le compte de sociétés de construction, qui n'ont d'autres garanties à donner aux entrepreneurs que les constructions élevées par ceux-ci; mais, lorsqu'il s'agit de particuliers, il est à peu près inusité, et on le remplace, soit en exigeant du propriétaire des paiements partiels au fur et à mesure de l'avancement des travaux, soit en lui demandant des garanties d'un autre ordre.

Observons cependant qu'il a été maintenu, avec ses formalités, par la loi belge du 16 décembre 1851,[1] et par le Code civil du Japon,[2] qui a même ajouté la nécessité d'un *troisième* procès-verbal; il devra être dressé au moment de la demande en collocation, et constater ce qui subsiste à ce moment de la plus value conférée par les travaux.

528. — Nous examinerons, relativement au privilège des architectes et entrepreneurs, les deux questions suivantes :

I. — *Pour quelles créances et à quelles personnes est-il donné ;*

II. — *Quelles sont les conditions de son exercice.*

529. — I. *Pour quelles créances et à quelles personnes le privilège de l'article 2103, 4°, est-il donné.* — D'après le texte de notre article, le privilège est accordé aux architectes, etc., « employés pour édifier, reconstruire, ou réparer « des bâtiments, canaux, ou autres ouvrages quelconques ».

Deux idées se dégagent de ce texte et viennent en préciser la portée : la première, que le privilège est accordé pour tout travail fait à un édifice ou ouvrage quelconque, bâtiment, canal, digue, chaussée, et cela sans distinguer s'il s'agit de construction nouvelle, de reconstruction, ou de simple réparation à une construction déjà existante. Nous avons dit que le privilège avait été élargi dans ce sens par notre ancien droit, et la rédaction de l'article 2103 établit clairement que les rédacteurs du Code ont voulu lui donner la même étendue.[3]

530. — En second lieu, il résulte du texte que le privilège n'est accordé que pour des travaux éveillant l'idée d'une construction soit au-dessus du sol, comme un bâtiment ou un mur, soit dans le sol, comme un canal; mais tout autre

[1] Article 27, n° 5.

[2] Livre *De la garantie des créances,* articles 174-175.

[3] Bordeaux, 26 mars 1834, Sirey, 34, II, 373. — Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 29, p. 173-174 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 210.

travail ne se rattachant pas à l'idée de construction, défrichements, plantations, semis, conversions en herbes, recherches ou exploitation de carrières, drainage, desséchement de marais, etc..., ne donnera pas lieu au privilège.

Cette limitation nous paraît mauvaise, car la cause de la créance est aussi favorable, qu'il s'agisse d'un travail fait à une construction ou d'un travail ayant pour but l'amélioration de la terre, défrichement ou desséchement, ou l'établissement d'une carrière ou d'une mine. Il semblerait même, à ne consulter que les travaux préparatoires, que la pensée des rédacteurs du Code avait été de donner au privilège cette extension très rationnelle. En effet, le texte primitif de l'article 2103 ne parlait pas des canaux, et M. Cretet ayant fait un amendement à ce sujet, M. Treilhard dit qu'il l'acceptait, et proposa la rédaction suivante : « ... les canaux, les digues, les desséchements et autres ouvrages. » Le procès-verbal constate que l'article est adopté avec cet amendement.[1] Mais, sans que l'on sache pourquoi, le mot de « desséchement » ne s'est pas retrouvé dans la rédaction définitive de l'article 2103, et comme en matière de privilège tout est de droit étroit, il n'est pas possible d'étendre notre privilège à aucun travail autre que ceux qui se rattachent à l'idée de construction.[2]

C'est là une véritable lacune dans le système du Code, et le privilège aurait dû être accordé pour tous les travaux qui augmentent la valeur d'un fonds, aussi bien pour les travaux d'amélioration du sol que pour ceux relatifs à des constructions. Cette lacune a été en partie comblée par des lois postérieures, qui, comme nous le dirons, ont créé des privilèges pour les travaux de desséchement des marais, de drainage et de recherches de mines.

[1] Fenet, XV, p. 356.

[2] Tribunal de Metz, 24 novembre 1865, Dalloz, 66, II, 31. — Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 242 *bis* ; Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 29, p. 173-174 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 210 ; Colmet de Santerre, IX, n° 56 *bis* I ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques*, n° 292.

La loi belge du 16 décembre 1851, sans donner à ce privilège l'étendue rationnelle qu'il devrait comporter, l'a cependant élargi et donné pour le défrichement des terres et le desséchement des marais.[1] Le Code civil du Japon a fait mieux : il accorde expressément le privilège, en outre des travaux faits aux constructions, pour « les travaux souterrains ou extérieurs relatifs soit à l'ouverture ou à l'exploitation, soit à la fermeture ou à la suppression des mines, « minières et carrières », puis pour « les desséchements, « irrigations, défrichements, remblais, et autres travaux « analogues faits sur le sol ».[2]

531. — Le privilège de l'article 2103, 4°, n'est donné qu'aux entrepreneurs ou ouvriers qui ont traité *directement* avec le propriétaire pour le compte duquel les travaux ont été faits ; quant aux ouvriers ou aux sous-entrepreneurs qui ont traité avec l'entrepreneur principal, le privilège doit leur être refusé. Il résulte en effet du premier alinéa de l'article 2103, 4°, que le privilège n'est donné qu'aux ouvriers « employés » par le propriétaire, ce texte mettant en scène d'un côté le propriétaire, et de l'autre les ouvriers qu'il emploie pour les ouvrages « qu'il a dessein de faire ».[3]

Mais si les ouvriers qui ont traité avec l'entrepreneur principal n'ont pas de privilège, ils ne sont pas pour cela dépourvus de toute garantie. Nous avons vu en effet, en étudiant l'article 1798, que ce texte accorde aux ouvriers une action directe sur la somme due à l'entrepreneur principal par le propriétaire ;[4] mais s'il y a dans ce droit une garantie efficace contre l'insolvabilité de l'entrepreneur principal, il n'en fournit aucune contre l'insolvabilité du propriétaire, et

[1] Article 27, n° 5.

[2] Livre *De la garantie des créances,* article 174.

[3] Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2103, § 4, n° 3 ; Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 31, p. 174 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 210 ; Laurent, XXX, n° 45 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 292.

[4] *Voir* notre *Traité du Louage,* II, n°s 895 et suiv.

ne remédie pas à la portée restreinte de l'article 2103, 4°.

532. — D'après le texte formel de l'article 2103, 4°, le privilège créé par ce texte n'est donné qu'aux « architectes, « entrepreneurs, maçons et autres ouvriers », c'est-à-dire aux *gens de métier :* c'est une faveur accordée non pas à la nature des travaux effectués, mais à la profession de ceux qui les ont faits, et les mêmes travaux, effectués par des personnes n'ayant pas cette qualité, tiers détenteurs, possesseurs de bonne foi, etc..., ne donneront lieu en faveur de celles-ci à aucun privilège.[1]

Il en était autrement dans notre ancien droit, où le privilège était donné à raison de la nature des travaux, et à tous ceux qui avaient fait des travaux nécessaires ou utiles à une construction, par exemple au tiers détenteur. Il n'y avait de différence qu'au point de vue de l'étendue du privilège, qui était accordé intégralement pour les travaux nécessaires, et seulement à concurrence de la plus value pour les travaux simplement utiles.

« Observez, dit Pothier, une différence entre celui qui a « conservé l'héritage, de telle manière qu'il serait totale- « ment péri sans le travail qu'il y a fait : tel est celui qui « aurait fait faire une digue, sans laquelle la rivière aurait « emporté tout l'héritage qui en était voisin ; et celui qui a « seulement rendu l'héritage meilleur, soit en y construi- « sant des bâtiments, soit en réparant ceux qui y étaient. « Le premier a un privilège sur le total de l'héritage, ayant « conservé le total aux créanciers, ayant fait *ut res esset in* « *bonis debitoris ;* mais l'autre ne doit avoir de privilège que « sur la plus value de l'héritage, car il n'a pas fait *ut res* « *esset in bonis debitoris,* mais seulement *ut res esset me-* « *lior ;* c'est pourquoi il faut faire une ventilation du prix « de l'adjudication, lui donner privilège seulement sur ce

[1] Duranton, XIX, n°s 190 et 193 ; Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 32, p. 174 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 211 ; Laurent, XXX, n° 46. — *Contrà,* Grenier, *Des Hypothèques,* II, n° 335 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* III, n° 836.

« qu'on estimera que l'héritage aura été plus vendu qu'il ne « l'aurait été sans la dépense qu'il y a faite de ses deniers, « et distribuer le surplus sans avoir égard à son privilège. »[1]

Cette solution était plus logique : une créance comme celle pour amélioration ou conservation d'immeubles doit être privilégiée non à raison de la personne du créancier, mais à raison des services rendus par les travaux effectués, quelle que soit la personne qui ait construit ou réparé. Aussi, lors du projet de réforme hypothécaire de 1841, la Cour et la Faculté de Grenoble demandèrent-elles que le privilège fût accordé à tous ceux, tiers détenteurs ou autres, qui auraient fait des travaux de la nature de ceux prévus par l'article 2103, 4°.[2]

Mais il faut reconnaître que cette extension, possible dans le système de notre ancien droit, où le privilège pour travaux faits aux immeubles n'était soumis à aucune publicité, ne servirait pas à grand chose dans le système du Code civil ; ni le possesseur de bonne foi d'un immeuble, ni le tiers détenteur, qui ne ferait pas de travaux sur l'immeuble s'il croyait être évincé, ne songeront à faire dresser un procès-verbal avant la confection des travaux et à prendre inscription en vertu de ce procès-verbal. Aussi croyons-nous inutile de modifier en ce point notre législation, du moment où l'on ne modifie pas le système de publicité qu'elle a emprunté à la loi de Brumaire. Les rédacteurs de la loi belge du 16 décembre 1851 et du Code civil japonais, dont nous avons indiqué plusieurs innovations heureuses en cette matière, l'ont compris comme nous et n'accordent ce privilège qu'aux « gens de métier ».

Cette interprétation ou plutôt cette application restrictive de l'article 2103, 4°, s'applique à toute personne autre que les architectes, entrepreneurs et ouvriers qui ont travaillé ou fait travailler sur l'immeuble d'autrui ; au tiers détenteur,

[1] *De la Procédure civile,* n° 648 2°.

[2] *Documents relatifs au régime hypothécaire,* III, p. 78 et 85.

évincé ensuite par l'exercice de l'action hypothécaire,[1] à l'usufruitier, au locataire ou au fermier,[2] au syndic de faillite, qui a fait des dépenses excédant les revenus des immeubles.[3]

Nous ferons toutefois deux remarques à propos de ces travaux, pour lesquels le privilège de l'article 2103 n'est pas accordé : la première, que le tiers détenteur est investi, sinon d'un privilège, du moins d'un droit direct contre les créanciers hypothécaires ou privilégiés dont nous aurons à déterminer l'étendue avec l'article 2175 ; et la seconde, que dans le système que nous avons admis sur le droit de rétention, les auteurs de ces travaux, s'ils sont en possession de l'immeuble où ces travaux ont été faits, auront à défaut de privilège un droit de rétention.[4]

533. — Lorsque les travaux effectués à l'immeuble ont été des travaux utiles, la créance pour laquelle le privilège est accordé se limite, d'après l'article 2103, à la plus value conférée à l'immeuble par ces travaux, quelle que soit d'ailleurs la somme qui ait été dépensée. C'est ce qui résulte du texte formel de l'article : « Le montant du privilège ne peut « excéder les valeurs constatées par le second procès-verbal. »

Bien plus, l'article ajoute que le privilège « se réduit à la « plus value existante à l'époque de l'aliénation de l'im- « meuble ».

Ces solutions, empruntées à notre ancien droit, font aux entrepreneurs et ouvriers une situation peu enviable, car, ainsi que le faisait remarquer Basnage,[5] leur droit est très mal assuré, et ils sont exposés le plus souvent à ne recevoir qu'une partie de ce qui leur est dû, la plus value seulement, alors surtout que la plus value existante encore à l'é-

[1] Cassation, 28 novembre 1838, Sirey, 38, I, 951 ; Cassation, 8 juillet 1840, Sirey, 40, I, 993.

[2] Paris, 15 novembre 1875, Sirey, 77, II, 208, et Dalloz, 77, II, 99.

[3] Cassation, 23 juin 1862, Sirey, 63, I, 205, et Dalloz, 63, I, 243.

[4] *Voir* notre *Traité du Droit de Rétention,* n°s 47 et suiv.

[5] *Des Hypothèques,* chap. XIV.

poque de l'aliénation de l'immeuble est presque toujours inférieure au montant de la dépense.

534. — Si, au lieu de travaux simplement utiles, ce sont des travaux nécessaires qui ont été faits à l'immeuble, devra-t-on encore appliquer la restriction de l'article 2103, et limiter le privilège à la plus value ?

L'affirmative est généralement admise, et l'un des auteurs qui la défendent, M. Laurent, traite très durement l'opinion contraire :

« La question, dit-il, implique une hérésie juridique ; « cependant la Cour de cassation a consacré cette hérésie « par le mauvais arrêt que nous avons déjà critiqué. »

Le raisonnement des auteurs qui soutiennent cette théorie est très simple. Ils ne nient pas que la distinction entre les travaux nécessaires et utiles ne soit conforme à l'équité, mais, comme elle n'est pas écrite dans le texte de l'article 2103, et qu'il s'agit de privilèges, c'est-à-dire d'une matière de droit étroit, ils en concluent qu'il n'y a de privilège qu'à concurrence de la plus value, quelle que soit la nature des travaux effectués à l'immeuble.[1]

Bien que l'opinion contraire ne soit adoptée, en jurisprudence, que par l'arrêt de la Cour de cassation si sévèrement apprécié par M. Laurent,[2] et dans la doctrine, par M. Persil,[3] elle nous semble préférable.

Nous constatons d'abord qu'elle était suivie dans notre ancien droit, ce que personne ne conteste, et ce qu'établit d'une façon péremptoire le passage de Pothier que nous avons cité plus haut :[4] « le créancier qui a conservé l'héritage

[1] Grenier, *Des Hypothèques,* II, n° 419 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 243 ; Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 32, p. 174-175 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 211 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 597 ; Laurent, XXX, n° 56 *bis* ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 632.

[2] Cassation, 11 novembre 1824, Dalloz, Répert. alphab., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 460.

[3] *Régime hypothécaire,* I, article 2103.

[4] *Suprà,* Tome II, n° 532.

« a, dit-il, un privilège sur le total, ayant conservé le total « aux créanciers. »

Nous ajoutons, ce que l'on ne conteste pas non plus, que cette étendue donnée au privilège pour travaux nécessaires est à la fois logique et équitable. Il s'agit de travaux *nécessaires*, sans lesquels l'immeuble aurait péri ou serait gravement détérioré : l'équité veut que les créanciers, qui profitent de tout ce travail, indemnisent son auteur de tout ce qu'il lui a coûté.

Est-il donc vrai que le texte de l'article 2103, 4°, rompe avec la tradition et impose la solution que nous combattons ? Nous ne le croyons pas : ce texte exige la constatation par procès-verbaux suivis d'inscriptions de « *la valeur* » des travaux effectués : mais quelle est la valeur des travaux nécessaires ? A moins d'une exagération de dépenses ou d'une maladresse d'exécution qui doivent naturellement rester à la charge du constructeur, ces travaux valent ce qu'ils ont coûté, et souvent même la plus value, c'est-à-dire le service rendu à l'immeuble, sera supérieure à la dépense. La couverture de la maison va s'effondrer, et, si cet événement se produit, les plafonds et les planchers vont être détruits ; un gros mur menace ruine, l'eau passe au travers de la digue, et, si des réparations immédiates ne sont pas faites, la maison va tomber en ruines, la digue va être emportée. Les travaux de réfection ou de consolidation qui vont être faits n'ont ni pour but ni pour résultat d'augmenter la valeur de l'immeuble, mais de l'empêcher de s'amoindrir ; et, comme ils ont conservé « le total de l'héritage », suivant les expressions de Pothier, ils sont privilégiés sur le total. Comme le service rendu aux créanciers, c'est-à-dire la conservation de tout l'immeuble, vaut plus que la dépense faite pour arrêter le mal, l'article 2103, 4°, et la théorie de la plus value ne s'opposent nullement à la solution que nous proposons.

Nous disons donc que la solution ancienne doit être maintenue, soit, comme paraît l'indiquer l'arrêt de la Cour de

cassation de 1824, par *à fortiori* de l'article 2103, 4°, qui n'aurait pas prévu cette hypothèse, soit, ce qui est peut-être plus juridique, par application textuelle de cet article, la valeur des ouvrages nécessaires dépassant toujours, pour l'immeuble qu'ils ont conservé, le montant des sommes qu'ils ont pu coûter.

535. — Si les entrepreneurs ou ouvriers ont reçu des paiements partiels, leur privilège n'en existe pas moins pour le surplus de ce qui leur est dû sur *la totalité* de la plus value procurée à l'immeuble par les travaux qu'ils y ont effectués. Cette solution, contestée par quelques auteurs qui proposent, les uns, la déduction des sommes payées du montant de la créance privilégiée,[1] les autres, l'imputation proportionnée de la somme reçue sur la partie privilégiée de la créance,[2] doit être admise à notre avis par la raison suivante : le privilège, comme l'hypothèque, est indivisible (articles 2083 et 2114), et il grève la totalité du bien qui y est soumis jusqu'au remboursement intégral de la créance, *tota in qualibet parte*. Il importe donc peu que l'entrepreneur ou l'ouvrier ait reçu des acomptes : du moment où il lui reste dû quelque chose, la partie de l'immeuble affectée à son gage, c'est-à-dire la plus value, demeure en entier soumise à son privilège.[3]

536. — L'entrepreneur ou l'ouvrier jouit du privilège que la loi lui accorde, d'abord, pour le montant des sommes dont il est reconnu créancier à raison de la plus value constatée à l'immeuble, puis pour les frais des deux expertises prescrites par l'article 2103, 4°, et qui sont un accessoire

[1] Persil, *Régime hypothécaire,* article 2103, § 4, n° 10.

[2] Grenier, *Des Hypothèques,* II, n° 412, et Duranton, XIX, n° 191.

[3] Mourlon, *Exam. crit. du comment. de M. Troplong,* I, n° 181 ; Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 34, p. 175 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 214 ; Demolombe, *Cours de Code civil,* XXVIII, n° 21 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 608 ; Laurent, XXX, n° 56 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 292.

inséparable de la créance principale dont ces expertises ont pour but de faire constater le chiffre.[1]

Mais, si le marché intervenu entre le propriétaire et l'entrepreneur ou l'ouvrier porte que la créance de celui-ci produira des intérêts, ou si l'ouvrier obtient un jugement condamnant le propriétaire au paiement de sa créance avec intérêts de droit, le privilège s'étendra-t-il à ces intérêts ? Non, d'après M. Troplong,[2] qui donne de cette solution le motif suivant : la loi, dans l'article 2103, 4°, n'accorde de privilège que pour la « plus value existante », ce qui ne comprend pas les intérêts de la somme fixée pour cette plus value, et il est impossible d'élargir un privilège dont le législateur fixe seul les limites.

La solution contraire nous semble préférable, par la raison que nous donnions tout à l'heure à propos des frais d'expertises : les intérêts constituent un accessoire de la créance et doivent être privilégiés au même titre, dans la limite fixée par l'article 2151.

Cette solution a été formellement consacrée par l'article 87 de la loi belge du 16 décembre 1851, qui décide que tout créancier privilégié, par conséquent l'ouvrier comme les autres, a le droit d'être colloqué pour trois années d'intérêts au même rang que le capital.

537. — Le privilège de l'article 2103, 4°, est un privilège immobilier, qui ne porte que sur le montant de la plus value conférée à l'immeuble auquel les travaux ont été faits, et ne s'étend pas aux loyers de cet immeuble. En vain dirait-on que dans une sage administration les loyers doivent être affectés aux réparations à faire à l'immeuble ; le législateur aurait pu, par suite de cette idée, les soumettre au privilège des entrepreneurs ou ouvriers, mais il ne l'a pas fait, et les termes précis de l'article 2103, « la

[1] Cassation, 11 novembre 1824, Dalloz, Répert. alphab., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 460. — Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 30, p. 174.

[2] *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 246.

« plus value existante à l'époque de l'aliénation de l'im-
« meuble », ne permettent pas cette extension.[1]

538. — II. *Quelles sont les conditions d'exercice du privilège des entrepreneurs et ouvriers.* — Il est subordonné à deux conditions, un procès-verbal d'état de lieux préalable au commencement des travaux, et un procès-verbal de réception dans les six mois de leur achèvement.

Ces deux procès-verbaux, dont la nécessité rend si peu pratique, comme nous l'avons dit, le privilège dont nous nous occupons, doivent être faits « par un expert nommé « d'office par le tribunal de première instance dans le « ressort duquel les immeubles sont situés ». Ces expressions, *nommé d'office,* sont à juste titre critiquées par M. Laurent,[2] au point de vue de leur sens littéral, car elles signifient que la nomination devrait être faite spontanément par le tribunal, sans l'intervention des parties, et il est certain, par le texte même de l'article, qu'elle ne peut avoir lieu que sur la déclaration, et par conséquent sur la demande du propriétaire. Mais, dans la pratique judiciaire, ces mots « nommés d'office », appliqués aux experts, signifient que le choix doit émaner du pouvoir judiciaire, et non des parties, qui d'ordinaire ont le droit de choisir leurs experts. C'est en ce sens que ces mots sont employés dans l'article 305 du Code de procédure, et c'est ce qui explique la terminologie critiquée par M. Laurent.

539. — D'après l'article 2103, l'expert doit être nommé « par le tribunal » : la loi belge a modifié avec raison cette disposition, et décidé, dans l'article 27, 4°, que la nomination sera faite « par le président du tribunal ». Cette solution est meilleure, car il ne s'agit là que d'un acte de juridiction gracieuse, rentrant beaucoup mieux dans les attributions ordinaires du président que dans celles du tribunal, l'intervention du pouvoir judiciaire n'ayant d'autre but que de choisir un expert capable et à l'abri de l'influence des parties.

[1] Paris, 9 février 1895, *Pandectes françaises,* 95, II, 224.
[2] XXX, n° 50.

540. — La nomination de l'expert est provoquée d'ordinaire par l'architecte ou l'entrepreneur, intéressés à la conservation de leur privilège ; mais rien ne s'oppose à ce qu'elle émane du propriétaire lui-même, qui peut vouloir prévenir toute incertitude sur l'étendue de sa dette.[1]

La loi belge (article 27) exige que le demandeur appelle à l'expertise les créanciers inscrits. Cette innovation, qui s'explique par l'intérêt qu'ont les créanciers à contrôler l'étendue d'un privilège qui va diminner d'autant leur gage, nous paraît cependant d'un mérite contestable: la nomination d'*office* de l'expert par l'autorité judiciaire semble offrir une suffisante garantie de la constatation exacte du montant de la créance privilégiée, et par là sont évités les frais de dénonciation de l'expertise à des créanciers inscrits qui peuvent être nombreux.

541. — Dans le vœu de la loi et d'après son texte formel, le premier procès-verbal doit être dressé « *préalablement* », c'est-à-dire avant le commencement des travaux: c'est en effet au moyen de cette constatation de l'état antérieur que l'on peut déterminer avec précision le montant de la plus value qui va être procurée à l'immeuble.[2] Cette exigence de la loi s'applique à toute espèce de travaux, même à ceux qui seraient faits sur un terrain vague, dont l'état doit être constaté aussi bien que celui d'une construction antérieure.[3]

Aussi faut-il rejeter sans hésitation la théorie d'un arrêt de la Cour de Bordeaux, qui a jugé que l'on pouvait, à raison de l'urgence des travaux effectués, se contenter d'un premier procès-verbal dressé d'après les renseignements fournis par les parties,[4] et à plus forte raison celle d'un

[1] Metz, 7 février 1866, Sirey, 66, II, 210, et Dalloz, 66, II, 31. — Aubry et Rau, § 263, texte et note 36, p. 175; Laurent, XXX, n° 50.

[2] Bordeaux, 26 mars 1834, Sirey, 34, II, 373 ; Paris, 26 mars 1836, Sirey, 36, II, 209.

[3] Laurent, XXX, n° 52.

[4] 2 mai 1826, Dalloz, Répert. alphab., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 469.

arrêt de la Cour de Bastia, lequel d'ailleurs a été cassé,[1] qui avait admis l'existence du privilège sans qu'il y eût aucun procès-verbal pour constater l'état des lieux.

Toutefois les exigences de la loi ne doivent pas être exagérées, et l'on ne doit pas aller jusqu'à dire, comme le font les motifs de certains arrêts,[2] que tout privilège doit être refusé à l'entrepreneur ou à l'ouvrier, s'il a commencé les travaux avant d'avoir fait rédiger un procès-verbal. Sans doute cette théorie doit être acceptée lorsque l'ancien état des lieux est méconnaissable, et qu'il est impossible de déterminer exactement l'importance des travaux pour lesquels un privilège est réclamé ; et, à ce point de vue, la solution de certains des arrêts que nous venons de citer se justifie très bien. Mais, lorsque les nouveaux travaux peuvent être facilement reconnus et constatés au moment de l'expertise, voici la double solution que nous proposons.

Le privilège existera d'abord, à notre avis, pour les travaux effectués après la date du premier procès-verbal : il est *préalable* à ces nouveaux travaux, il constate l'état de l'immeuble avant qu'ils soient effectués, et sauvegarde ainsi les droits des créanciers inscrits. Non seulement l'esprit, mais le texte de l'article 2103 sont en harmonie avec l'interprétation que nous proposons.[3]

[1] Cassation, 11 juillet 1855, Sirey, 55, I, 699, et Dalloz, 56, I, 9.

[2] Cassation, 20 novembre 1839, Sirey, 39, I, 903 ; Rouen, 12 juin 1841, Dalloz, Répert. alphab., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 468 ; Cassation, 1er mars 1853, Sirey, 53, I, 363, et Dalloz, 53, I, 216 ; Lyon, 11 février 1869, Sirey, 69, II, 40, et Dalloz, 74, V, 405 ; Paris, 15 novembre 1877, Sirey, 77, II, 208, et Dalloz, 77, II, 99. — *Adde* de Loynes, *Note,* Dalloz, 94, I, 230.

[3] Paris, 6 mars 1834, Sirey, 34, II, 308 ; Paris, 25 novembre 1843, Dalloz, Répert. alphab., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 472 ; Paris, 2 avril 1890, sous Cassation, Sirey, 94, I, 217, et Dalloz, 94, I, 231. — Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2103, § 4, n° 1 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 245 ; Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 38, p. 176 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 218 ; Colmet de Santerre, IX, n° 57 *bis*

Nous croyons même qu'il faut aller plus loin : si les travaux ont été commencés sans expertise, à raison de l'urgence, mais que, au moment où le premier procès-verbal a été rédigé, il n'y ait aucune confusion possible entre l'état ancien, avant le commencement des travaux, et l'état nouveau, nous croyons que le privilège sera acquis pour les travaux anciens comme pour les travaux non encore faits. La loi, en exigeant deux expertises et une constatation préalable de l'état des lieux dans la première, a prévu ce qui arrive le plus souvent, l'hypothèse où les parties ont le temps de procéder à cette première formalité ; mais, lorsque les circonstances ne l'ont pas permis, et que, d'un autre côté, l'intérêt des créanciers inscrits est sauvegardé par la certitude des résultats de la première expertise et le caractère indiscutable de l'ancien état des lieux, nous ne comprendrions pas qu'on refusât le privilège pour l'ensemble des travaux qui ont augmenté la valeur de l'immeuble.[1]

542. — Le deuxième procès-verbal d'expertise doit être fait « dans les six moix au plus de la réfection des travaux ».

Si un débat judiciaire s'engageait entre le propriétaire et l'entrepreneur, et que le marché fût résilié, le délai de six mois ne commencerait à courir que du jour du jugement résiliant le marché et fixant l'indemnité due au propriétaire pour malfaçons : c'est après cette fixation seulement que la plus value conférée à l'immeuble peut être appréciée.[2]

543. — C'est par la comparaison de la valeur fixée par les deux procès-verbaux que s'établit le chiffre de la créance privilégiée des entrepreneurs ou ouvriers ; mais, dans cette fixation, on ne devra tenir compte que de la plus value directement procurée par les travaux, sans s'occuper des causes extrinsèques qui auraient pu augmenter ou dimi-

II ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 604. — *Compar.* Rouen, 24 juillet 1895, *Recueil des Arrêts de Rouen,* 96, 181.

[1] Aubry et Rau, Pont et Colmet de Santerre, *Op. et Loc. citat.*

[2] Cassation, 18 novembre 1868, Sirey, 70, I, 241, et Dalloz, 69 I, 98.

nuer la valeur des constructions. Le texte de l'article 2103, qui suppose une comparaison entre l'état ancien et la valeur des travaux, le veut ainsi ; et d'ailleurs, au point de vue de l'équité qui forme la base de ce privilège, on ne peut ni faire profiter l'entrepreneur d'une plus value qui n'est pas son œuvre, ni lui imputer une diminution de valeur à laquelle ses travaux sont étrangers.[1]

Si la plus value dépasse le prix des travaux effectués, la créance des entrepreneurs ou ouvriers sera naturellement limitée au prix de ces travaux.[2]

544. — Le privilège de l'article 2103, 4°, appartiendra aux créanciers subrogés au privilège des entrepreneurs ou ouvriers, comme le prévoit expressément le n° 5 de ce texte, par application de la règle générale, écrite en matière de subrogation conventionnelle par l'article 1250.

Cette subrogation, qui pourra avoir lieu soit au profit du créancier qui aura prêté des fonds au propriétaire pour payer les entrepreneurs ou ouvriers, soit au profit du créancier qui aura payé directement ceux-ci en se faisant subroger à leurs droits, est soumise à une double condition : d'abord à l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 2103, 4°, pour l'acquisition du privilège des ouvriers, qui doit exister légalement pour qu'on puisse y subroger, puis à l'exécution des conditions imposées pour toute subrogation conventionnelle par l'article 1250.

Nous verrons, en étudiant le privilège établi en matière de drainage par la loi du 17 juillet 1856, que cette loi, comme l'article 2103, 2° et 5°, prévoit expressément l'éventualité d'une subrogation au privilège des ouvriers, dans son article 4, § 4.

545. — Avant de terminer l'étude des privilèges établis

[1] Bordeaux, 2 mai 1826, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 469. — Duranton, XIX, n° 190 ; Aubry et Rau, III, § 263, texte et note 37, p. 176 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 213 ; Laurent, XXX, n° 55.

[2] Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 246.

par le Code civil sur les immeubles, nous croyons utile d'indiquer, en prévision de la réforme de notre régime hypothécaire, quelques privilèges établis par des législations étrangères, et qui pourraient trouver utilement place dans la loi française.

Nous signalerons d'abord, dans le Code civil du Bas-Canada, un privilège *sur l'immeuble*, accordé pour les frais de labours et de semences, pour lesquels notre article 2102 ne donne qu'un privilège sur la récolte. Les articles 2009 et 2010 sont ainsi conçus :

Article 2009. — « Sont privilégiés sur les immeubles ... « les frais de labours et de semences. »

Article 2010. — « Le privilège pour les frais de labours « et de semences a lieu sur le prix de l'immeuble vendu « avant la récolte faite, jusqu'à concurrence seulement de « la plus value donnée par ces travaux. »

Le Code civil portugais va plus loin dans cette voie, et établit d'une manière générale un privilège spécial sur les immeubles pour frais de la conservation de la chose, comme l'article 2102 du Code civil français l'établit en matière mobilière :

« Sont privilégiés... 2° les créances pour frais de con- « servation de la chose pendant les trois dernières années, « pourvu qu'elles n'excèdent pas le cinquième de la valeur « des fonds qui ont bénéficié de ces frais, valeur sur laquelle « le privilège s'exerce. »[1]

546. — Le Code civil espagnol crée, dans l'article 1923, un privilège qui se justifie de lui-même, à raison du service rendu par le créancier à la masse des créanciers du débiteur commun : il déclare en effet privilégiées « les créan- « ces des assureurs sur les biens assurés, pour les primes « d'assurances de deux ans, et, s'il s'agit d'assurances mu- « tuelles, pour les deux derniers appels qui ont été faits ».[2]

547. — Le Code civil du canton de Vaud et celui du canton de Fribourg établissent en matière de mitoyenneté, de

[1] Article 887, *Traduction* Lepelletier.

[2] Article 1923, *Traduction* Levé.

copropriété et de réparations faites en vue de la sûreté publique, des privilèges faciles à justifier, eux aussi, par l'idée de service rendu à la masse des créanciers. Voici comment est conçue la loi du canton de Vaud, dont les dispositions sont analogues à celles de l'article 652 du Code civil du canton de Fribourg :

Article 1579. — « Le copropriétaire du mur mitoyen a un « privilège spécial sur le bâtiment du voisin que ce mur mi- « toyen soutient, à raison des frais qu'il a été dans le cas de « faire pour la reconstruction ou la réparation de ce mur. »

Article 1580. — « Le copropriétaire de la maison com- « mune a un privilège spécial sur cette maison, à raison des « réparations qu'il a été dans le cas d'y faire. »

Article 1581. — « Le propriétaire d'une partie distincte « de maison, qui a dû faire des réparations dans une autre « partie de cette maison pour empêcher la ruine de la sien- « ne, a un privilège spécial sur la partie qu'il a réparée. »

Article 1582. — « La police a un privilège spécial sur les « immeubles pour les réparations qu'elle est appelée à y « faire dans des vues de sûreté publique en vertu de la loi. »

548. — La loi belge du 16 décembre 1851, dans son article 28, établit un privilège qui est en contradiction avec la logique rigoureuse du droit, car il va être donné à des créanciers dont le débiteur perd tous droits sur l'immeuble grevé du privilège. Mais il est essentiellement équitable, et repose sur la même idée que la loi française du 19 février 1889, à savoir que l'immeuble peut être représenté, au point de vue du privilège ou de l'hypothèque, par la somme qui est due à propos de cet immeuble :

« Les sommes que le vendeur ou le copermutant pourrait « être condamné à restituer par suite de l'action en résolu- « tion ou en reprise seront affectées au paiement des créan- « ces privilégiées ou hypothécaires qui perdraient ce carac- « tère par suite de l'une ou de l'autre de ces actions, et ce « d'après le rang que ces créances avaient au moment de « la résolution de la vente ou de l'échange. »

549. — Au point de vue du conflit des lois, nous avons déjà examiné la question dans une hypothèse particulière lorsque nous nous sommes occupé du contrat de gage,[1] et notre avis a été que la loi applicable est toujours la *lex rei sitæ*, qu'il s'agisse de savoir comment le gage doit être constitué ou comment il doit être réalisé : dans le premier cas, pour la constitution du gage, il s'agit d'une loi réglant la condition des biens et organisant le crédit public, et ce ne peut être que la loi du lieu où les biens sont situés ; et dans le second cas, pour la réalisation du gage, on ne peut employer dans un Etat des voies d'exécution autres que celles que la loi de cet Etat autorise.

Mais le privilège du gagiste naît de la convention des parties, tandis que les autres privilèges, mobiliers ou immobiliers, naissent de la loi, et ont pour cause la faveur que chaque législation attache à telle ou telle créance ; et nous avons à nous demander si, pour savoir quand un privilège existera ou non, on devra encore suivre la *lex rei sitæ ?*

Nous croyons qu'il faut répondre affirmativement : la loi, pour déclarer certaines créances privilégiées, ne tient compte ni de la personne du créancier, ni de sa nationalité, ni du lieu du contrat : elle examine, dans un intérêt d'équité ou d'humanité, s'il n'est pas bon que certaines créances passent avant d'autres. La loi qui indique ces causes de préférence est une loi d'ordre public, et elle doit s'appliquer à tous les biens, meubles ou immeubles, étant sur le territoire national ou en faisant partie.[2]

[1] *Voir* notre *Traité du Nantissement,* n°s 60 et 86.

[2] Laurent, *Droit civil international,* VII, n° 404 ; Milhaud, *Des conflits de lois en matière de privilèges et d'hypothèques,* p. 193 et suiv. ; Weiss, *Traité de Droit international privé,* liv. II, chap. IV, sect. III (2e édition, p. 617).

APPENDICE AUX RÈGLES PARTICULIÈRES CONCERNANT LES PRIVILÈGES

DES PRIVILÈGES ÉTABLIS PAR DES LOIS SPÉCIALES, SOIT EN FAVEUR DU TRÉSOR PUBLIC, SOIT POUR DES RAISONS D'INTÉRÊT GÉNÉRAL.

550. — En outre des privilèges créés par le Code civil, que nous venons d'étudier, un certain nombre de lois particulières ont établi des privilèges dans un intérêt général, notamment dans l'intérêt du Trésor public. Nous n'allons pas parler ici de tous ces privilèges créés par des lois spéciales, soit dans l'intérêt du Trésor public, soit pour des raisons d'intérêt général, ni même étudier d'une manière approfondie ceux dont nous allons parler: ces privilèges en effet ne sont pas des privilèges *de droit civil*, et leur examen détaillé rentre dans l'étude des lois administratives qui les créent, étude qui ne rentre pas dans le cadre de ce *Traité*.

Nous bornerons donc notre examen aux principaux de ces privilèges, à ceux que l'on rencontre le plus souvent, et qui ont une portée générale, à raison des motifs d'ordre public sur lesquels ils reposent; et nous ne les étudierons que dans leurs grandes lignes, dans leurs rapports avec l'organisation générale des privilèges dans nos lois françaises.

551. — En particulier nous exclurons complètement de cette étude les privilèges établis par les lois commerciales, terrestres ou maritimes: l'organisation de ces privilèges nécessite en effet une étude complète des textes de la loi com-

merciale, l'explication des termes spéciaux de cette loi, et un examen d'ensemble de la législation commerciale. Cet examen rentre dans l'étude du Code de commerce et des lois qui l'ont complété, et il a été fait, et très bien fait, par les commentateurs de ce Code, aux explications desquels nous ne pouvons que renvoyer, nous contentant de donner la nomenclature de ces privilèges.[1]

En matière maritime, les navires et autres bâtiments de mer sont grevés d'un privilège pour les onze catégories de créanciers énumérés dans l'article 191 du Code de commerce, frais de justice, droits de pilotage, etc...

Le fret est, aux termes de l'article 271 du même Code, affecté par privilège aux loyers des matelots.

Aux termes de l'article 307, le capitaine est préféré, pour son fret, sur les marchandises de son chargement.

Enfin, d'après les articles 280, et 320 à 323, le navire, les agrès et apparaux, le fret et le chargement sont grevés d'un privilège pour les engagements résultant de la charte partie et pour le remboursement des prêts à la grosse faits sur le navire.

En matière de droit commercial terrestre, le commissionnaire a un privilège sur la valeur des marchandises à lui expédiées, déposées ou consignées, aux termes de l'article 95 modifié par la loi du 23 mai 1863.

Les ouvriers et commis employés par le failli ont un privilège général, organisé par l'article 549 du Code de commerce, et modifié par les lois du 4 mars 1889 et du 6 février 1895.

552. — Nous diviserons nos explications, à propos des privilèges établis par des lois spéciales, en deux parties :

I. — *Des privilèges du Trésor public.*

II. — *De quelques privilèges particuliers créés pour des raisons d'intérêt général.*

[1] *Voir* notamment Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial,* VI, nos 1677 et suiv.

SECTION I

Des privilèges du Trésor public.

553. — L'article 2098 proclame le principe du privilège du Trésor public, en renvoyant pour son organisation aux lois particulières qui l'établissent.

Rien n'est plus légitime que la base de ce privilège, car chaque citoyen doit contribuer avant tout aux charges publiques de l'Etat qui garantit la sécurité de son foyer : « *Sic* « *reipublicœ quisque ad usus publicos magis obligatus quam* « *creditori* », disait avec raison Grotius.[1]

554. — L'article 2098, dans son second alinéa, pose une règle commune à tous les privilèges du Trésor public dont il importe tout d'abord de déterminer le sens :

« Le Trésor public ne peut cependant obtenir de privi- « lège *au préjudice des droits antérieurement acquis à des* « *tiers.* »

Quelle est la portée de ces expressions ? D'après une opinion, soutenue par MM. Aubry et Rau[2] et Colmet de Santerre,[3] elles ont une portée générale, et signifient que, dans le cas de concours du Trésor et d'acquéreurs ou créanciers du redevable dont les droits ont pris naissance avant ceux du Trésor, les acquéreurs ou créanciers antérieurs seront

[1] *De jure pacis et belli,* Lib. I, Cap. I, n° 6.
[2] III, § 263 *bis,* texte et note 30.
[3] IX, n°s 8 et 8 *bis*.

préférés. On invoque, en ce sens, les travaux préparatoires de l'article 2098 et notamment ces paroles de Cambacérès dans la discussion de l'article 2098 au Conseil d'Etat :

« Il est nécessaire, disait-il, d'exprimer cette limitation, et « de dire que les privilèges du Trésor public ne pourront « détruire ceux qui existeraient *antérieurement à la gestion* « du comptable. »

De cette théorie on déduit les deux conséquences suivantes.

En premier lieu, le privilège des droits de mutation par décès ne peut s'exercer à l'encontre des créanciers ayant acquis un privilège du chef du *de cujus*.[1]

Et, en second lieu, le privilège des contributions directes ne sera pas opposable aux créanciers ayant acquis un gage antérieurement à l'époque où ce privilège a pris naissance.[2]

555. — Nous croyons, avec l'opinion contraire, que telle n'est pas la portée de l'article 2098, qu'il se réfère seulement à l'établissement de lois nouvelles créant des privilèges au profit du Trésor, et qu'il signifie que, dans ce cas, les privilèges créés ne pourront nuire aux droits acquis à des tiers antérieurement à la loi promulguée pour le Trésor, conformément à la règle de l'article 2 du Code civil. Il est en effet de principe essentiel, en matière de privilèges, qu'ils se classent non pas d'après leur date, mais d'après leur cause : l'opinion que nous combattons réduirait le privilège du Trésor à une simple hypothèque, produisant effet seulement à sa date, et il faudrait, pour apporter une exception aussi grave au droit commun, une disposition formelle de la loi. Or elle n'est pas dans l'article 2098, dont les expressions, « *au préjudice des droits antérieurement acquis* « *à des tiers* », s'entendent tout aussi bien dans le sens du conflit d'une loi nouvelle avec des droits antérieurement

[1] Amiens, 18 novembre 1854, Sirey, 55, II, 47, et Dalloz, 57, V, 142. — Aubry et Rau, III, § 263 *bis*, texte et note 41, p. 187.

[2] Cassation, 7 mai 1816, Sirey, C. N., V, I, 187. — Aubry et Rau, *Op. et Loc. citat.*, note 40.

acquis que dans l'acception que nous combattons ; elle n'est pas non plus dans les travaux préparatoires, qui ne peuvent suffire pour introduire une telle exception. Aussi concluons-nous, avec la Cour de Cassation, que l'article 2098 est relatif « non à *l'exercice* d'un privilège préexistant, mais uni- « quement à *l'obtention* d'un privilège à créer ».[1]

Nous verrons les applications de cette théorie dans le développement de cet appendice.

556. — Les privilèges du Trésor public étant régis par des lois spéciales, on devra appliquer à ces privilèges la règle générale d'interprétation, que les lois spéciales ne dérogent aux lois générales que dans le cas où elles renferment une disposition formelle à ce sujet ; sinon, c'est le droit commun qui conservera son empire. Donc, partout où la loi spéciale sera muette, on appliquera le droit commun ; mais, dès qu'il y aura un texte formel dans la loi spéciale, il devra l'emporter, conformément au principe formulé dans cet adage, *specialia generalibus derogant.*[2]

557. — A propos des privilèges du Trésor public, nous examinerons les privilèges suivants créés en sa faveur :

§ I. — *Du privilège de la régie des douanes ;*

§ II. — *Du privilège de la régie des contributions indirectes ;*

§ III. — *Du privilège de la régie de l'enregistrement pour les droits de mutations par décès ;*

§ IV. — *Du privilège pour le recouvrement des contributions directes ;*

§ V. — *Du privilège pour droits et amendes en matière de timbre ;*

§ VI. — *Du privilège sur les biens des comptables ;*

§ VII. — *Du privilège pour frais de justice criminelle.*

[1] Paris, 4 mars 1839, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 534 2° ; Cassation, 2 décembre 1862, Sirey, 63, I, 97, et Dalloz, 62, I, 513. — Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 90 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 29 ; Laurent, XXIX, n° 320.

[2] Cassation, 16 mai 1888, Dalloz, 88, I, 353.

§ I

Du privilège de la régie des douanes.

558. — Le privilège établi au profit de l'administration des douanes a été créé par la loi des 6-22 août 1791, titre XIII, article 22, complétée par la loi du 4 Germinal an II, titre VI, article 4. Ces lois spéciales, qui n'ont pas été abrogées par la loi générale du 11 Brumaire an VII, pas plus qu'elles ne l'ont été par le Code civil, et auxquelles il faut ajouter la loi du 28 avril 1816, article 58, sont encore aujourd'hui en vigueur.

Elles établissent au profit de la régie des douanes un privilège mobilier général, portant sur *tous* les meubles et effets mobiliers des redevables, et non pas seulement sur les marchandises passibles de l'impôt. Ce privilège garantit le paiement de tous les droits dus à l'administration des douanes.[1]

559. — Ce privilège existe-t-il sur les meubles des cautions, ou doit-il être restreint au mobilier des redevables eux-mêmes ?

Un arrêt de la Cour de Grenoble du 30 août 1814 juge que le mobilier des cautions n'est pas grevé de ce privilège : « Si la loi du 22 août 1791, dit-il, attribue à la régie « des douanes un privilège sur les meubles des compta- « bles et des redevables, elle n'assujettit pas au même « privilège les meubles des cautions »; et les motifs de l'arrêt de cassation qui a cassé cet arrêt admettent la même théorie.[2]

Tout en reconnaissant que les textes des lois que nous venons de citer manquent de précision sur ce point et lais-

[1] Aubry et Rau, III, § 263 *bis*, texte et note 1, p. 177 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, nos 31-33.

[2] Cassation, 14 mai 1816, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., V° *Privilèges et Hypothèques*, n° 544.

sent passage à la théorie que nous combattons, qui se fonde sur l'impossibilité d'admettre un privilège par voie d'interprétation, nous croyons qu'il y en a à suffire dans la combinaison de ces textes pour affirmer l'existence du privilège sur les meubles des cautions. L'article 24 de la loi du 17 juillet 1791 porte que si, en principe, les droits de douane sont acquis au déchargement, par exception les propriétaires ou consignataires peuvent obtenir de ne payer ces droits qu'à l'expiration du délai de trois mois, à la charge de donner caution. L'article 30, titre XIII, de la loi du 22 août 1791 maintient cette disposition de faveur, puis l'article 31 ajoute :

« Lorsque le receveur aura fait crédit des droits, il sera, « en cas de refus ou de retard *des redevables*, autorisé à « décerner contrainte, en fournissant, en tête de la con- « trainte, extrait du registre qui contiendra la soumission « *des redevables.* »

Enfin l'article 22 de la même loi du 22 août 1791, suivi de l'article 4, titre VI, de la loi du 4 Germinal an II, porte que la régie a « privilège et préférence à tous créanciers, « sur les meubles et effets mobiliers... des redevables... »

De l'ensemble de ces textes se dégagent les idées suivantes : lorsque le paiement des droits a été garanti par une caution, la régie des douanes a deux *redevables*, le débiteur et la caution, ce qui explique le pluriel employé par les articles 22 et 31 ; et, de même que nul ne conteste que la caution ne fût soumise par ces lois à la contrainte par corps comme le débiteur lui-même, on doit aussi reconnaître que ces deux redevables sont placés sur la même ligne au point de vue du privilège.[1]

560. — Le privilège de la régie des douanes est, comme

[1] Cassation, 12 décembre 1822, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 544 ; Paris, 29 novembre 1864, Dalloz, SUPPLÉM., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 299. — Aubry et Rau, III, § 263 *bis,* texte et note 2, p. 177 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 31.

nous l'avons dit, un privilège mobilier général, qui s'étend, d'après les expressions de l'article 22 de la loi du 22 août 1791, non pas seulement sur les marchandises soumises aux droits qu'il s'agit d'acquitter, mais « sur les meubles et « effets mobiliers des redevables », par conséquent sur tous les meubles sans distinction.[1]

L'article ajoute que la régie a privilège et préférence « *à tous créanciers...*, à l'exception des frais de justice et « autres privilégiés, de ce qui sera dû pour six mois du « loyer seulement, et sauf aussi la revendication, dûment « formée par les propriétaires, des marchandises en nature « qui seront encore sous balle et sous corde. »

Ce texte renferme une règle et trois exceptions dont nous avons à déterminer l'étendue.

561. — En principe, le privilège de la régie des douanes permet à celle-ci d'être préférée « à tous créanciers ».

De cette règle absolue il résulte que la régie devra l'emporter sur les cautions des redevables, qui, après avoir payé les droits par eux cautionnés, prétendraient être subrogés dans le privilège du Trésor, conformément aux principes du droit commun : la Cour de cassation a rejeté à bon droit cette prétention, par le motif « qu'une telle con- « currence ne serait pas moins contraire au texte qu'à « l'esprit de la législation douanière, qui a été d'assurer « dans son intégralité, par un privilège sans partage, le « recouvrement de l'impôt ».[2]

Il en résulte encore que ce privilège devra primer tous les privilèges spéciaux autres que celui du bailleur, notamment le privilège du commissionnaire, organisé par le nouvel article 95 du Code de commerce modifié par la loi du 23 mai 1863,[3] et les privilèges établis par l'article 191 du Code de commerce en matière maritime.[4]

[1] Cassation, 14 décembre 1824, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 625.

[2] Cassation, 4 janvier 1888, Sirey, 88, I, 329, et Dalloz, 88, I, 55.

[3] Cassation, 19 mars 1850, Dalloz, 50, I, 154.

[4] Cassation, 14 décembre 1824, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., V°

562. — Par exception, le privilège de la régie sera primé par celui « des frais de justice et autres frais privi- « légiés ».

Pour cette exception, comme pour celles relatives au bailleur et à la revendication du propriétaire des marchandises, une première question naît : ces exceptions, qui résultent du texte de l'article 22 de la loi du 22 août 1791, sont-elles maintenues dans notre législation, alors que le texte de l'article 4 de la loi du 4 Germinal an II ne les reproduit pas, mais dit au contraire, en termes absolus, que « *la régie est préférée à tous créanciers* » ?

On s'accorde à reconnaître que, malgré cette rédaction de la loi de Germinal an II, les exceptions de l'article 22 de la loi de 1791 doivent être maintenues : cette dernière loi forme en effet la loi spéciale des douanes, et la loi de l'an II, consacrée surtout au commerce maritime, comme le font remarquer avec raison MM. Aubry et Rau, ne peut avoir abrogé, dans les expressions vagues et générales que nous venons de rappeler, le texte précis de la loi spéciale de 1791.[1]

Ces expressions étant maintenues, il nous reste à en préciser la portée. L'article 22 emploie, à propos de la première exception que nous examinons, des expressions assez peu précises, « frais de justice *et autres frais privilégiés* » ; de quels autres frais privilégiés la loi parle-t-elle ?

Nous croyons, avec l'opinion généralement adoptée, qu'il faut comprendre par ces expressions les privilèges généraux qui étaient admis dans notre ancienne jurisprudence comme grevant les meubles au même titre que le privilège des frais de justice, c'est-à-dire le privilège des frais funéraires, de dernière maladie, de salaires de gens de service et de four-

Privilèges et Hypothèques, n° 625. — Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 34 ; Aubry et Rau, III, § 263 *bis,* texte et note 4, p. 177-178.

[1] Aubry et Rau, *Op. et Loc. citat.* ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 33.

nitures de subsistances, qui sont devenus les privilèges de l'article 2101. Nous avons vu en effet, en étudiant ce texte,[1] que ces divers privilèges étaient reconnus dans notre ancien droit, avec le même caractère de généralité que le privilège des frais de justice, et, lorsque l'article 22 de la loi de 1791, rédigé à l'époque où cette ancienne jurisprudence était en vigueur, parle « des frais de justice et *autres* « *frais privilégiés* », ces mots ne peuvent s'entendre que des autres frais munis, comme les frais de justice, d'un privilège général sur les meubles.[2] Nous verrons en outre qu'il est primé par le privilège des contributions directes.[3]

563. — Les deux autres exceptions sont relatives, la première, au privilège du bailleur, qui l'emportera sur le privilège de la régie des douanes quant aux meubles garnissant la maison louée, mais « pour six mois de loyer seu- « lement » ; et la seconde, à la revendication du vendeur de marchandises « qui seront encore sous balle et sous « corde », et que le vendeur reprendra sans avoir à tenir compte du privilège de la douane, qu'il agisse soit en vertu de l'article 2102, 4°, soit en vertu de l'article 576 du Code de commerce.[4]

564. — Le privilège de la régie des douanes, qui subsiste sur les biens meubles des redevables tant qu'ils sont demeurés la propriété de ceux-ci, ou sur le prix qui peut leur en être dû, disparaît au cas de vente de ces meubles, la loi n'ayant donné à la régie des douanes aucune revendication contre les tiers acquéreurs, comme elle l'a fait dans l'article 2102, 1°, au profit du bailleur.

De plus, la régie des douanes perdra son privilège même sur les marchandises déposées ou entreposées dans

[1] *Suprà,* Tome I, n°s 199, 210, 221 et 233.

[2] Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 34 ; Aubry et Rau, III, § 263 *bis,* texte et note 3, p. 177 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 33.

[3] *Infrà,* Tome II, n° .

[4] Cassation, 12 février 1845, Sirey, 45, I, 205, et Dalloz, 45, I, 162.

ses magasins, si elle laisse faire sur elles des actes incompatibles avec son privilège et ne pouvant s'expliquer que par une renonciation à ses droits. Tel sera le cas où elle laissera l'acheteur de ces marchandises y apposer sa marque et les déplacer dans les magasins de la douane, avec le concours des employés de cette administration :[1] dans cette hypothèse, et, d'une manière plus générale, dans toutes celles impliquant de la part de la régie des douanes un abandon de son privilège, ce privilège sera perdu.[2]

565. — La faillite des redevables n'exerce aucune influence sur les droits de la régie des douanes, qui continuera à exercer son privilège comme s'il n'y avait pas eu faillite. Elle aura donc privilège, nonobstant la faillite, sur les meubles qui appartiennent au redevable lors de la déclaration de faillite ou qui peuvent lui advenir par la suite ;[3] elle l'aura même sur le reliquat du prix de vente des immeubles du failli, après paiement des créanciers ayant sur ces immeubles une hypothèque ou un privilège immobilier, car la vente eût-elle eu lieu après la faillite, ce reliquat de prix n'en conserve pas moins au regard du Trésor un caractère essentiellement mobilier.[4]

§ II

Du privilège de la régie des contributions indirectes.

566. — L'article 47 du décret du 1er Germinal de l'an XIII reproduit littéralement les dispositions de l'article 22

[1] Cassation, 27 Frimaire an XIII, Sirey, C. N., II, I, 42. — *Nec obstat* Cassation, 3 décembre 1822, Sirey, C. N., VII, I, 464.

[2] Cassation, 19 décembre 1859, Sirey, 61, I, 77, et Dalloz, 60, I, 110. — Aubry et Rau, III, § 263 *bis*, texte et note 6, p. 178 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 33.

[3] Cassation, 16 mai 1888, Sirey, 88, I, 321, et Dalloz, 88, I, 353.

[4] Cassation, *Arrêt précité* du 16 mai 1888 ; Cassation, 30 avril 1889, Sirey, 90, I, 89, et Dalloz, 90, I, 20.

de la loi de 1791 en ce qui concerne l'étendue du privilège de la régie des contributions indirectes, soit au point de vue de la règle, soit au point de vue des exceptions qu'elle comporte, et par suite les explications que nous avons fournies en ce qui concerne le privilège de la régie des douanes seront applicables à celui de la régie des contributions indirectes.

Constatons d'abord que, comme l'article 22 de la loi de 1791, l'article 47 du décret du 1er Germinal an XIII n'a pas été abrogé par la loi du 5 septembre 1807 : c'est la loi spéciale des contributions indirectes, et elle continue à être en vigueur pour fixer l'étendue de son privilège.[1]

567. — Comme le privilège des douanes, le privilège de la régie des contributions indirectes s'étend à la généralité des meubles des redevables, et non pas seulement aux marchandises soumises aux droits ; et il grève les meubles des cautions solidaires comme ceux des assujettis, les uns et les autres étant des « *redevables* » compris dans la généralité des termes de l'article 47.[2]

Ce privilège prime tous les privilèges autres que le privilège des frais de justice et les autres privilèges généraux, et le privilège du bailleur pour six mois de loyer, et c'est ainsi notamment qu'il l'emporte sur le privilège du créancier gagiste,[3] sauf d'ailleurs, comme pour le privilège des douanes, la revendication des marchandises étant encore sous balle et sous corde, ou toute autre revendication dans

[1] Cassation, 11 mars 1835, Sirey, 35, I, 270 ; Cassation, 28 août 1837, Sirey, 38, I, 133. — Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 99 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 36 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 662. — *Contrà,* Cassation, 27 février 1833, Sirey, 33, I, 289.

[2] Cassation, 18 janvier 1841, Sirey, 41, I, 324 ; Paris, 29 novembre 1864, Sirey, 65, II, 108. — Aubry et Rau, III, § 263 *bis,* texte et note 13, p. 179 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 37.

[3] Caen, 15 janvier 1870, Sirey, 73, II, 414, et Dalloz, 73, II, 178.

laquelle le propriétaire établirait d'une façon certaine son droit de propriété.[1]

Il est à peine besoin de dire qu'en cette matière comme en toute autre, on ne devra entendre par « frais de justice » que ceux qui ont été faits dans un intérêt commun, et non ceux qui ont été exposés par un créancier dans son intérêt personnel.[2]

Quant à l'étendue du privilège du bailleur, elle est fixée par l'article 47 du décret de Germinal an XIII, comme par l'article 22 de la loi de 1791, à six mois de loyers. C'est un forfait établi par le législateur, et le bailleur y aura droit même si, à l'entrée en jouissance du preneur, il a reçu par avance de celui-ci un semestre de loyers.[3]

568. — L'état de faillite du redevable ne modifie pas les droits de la régie des contributions indirectes : ses droits sont déterminés par une loi spéciale, le décret de Germinal an XIII, auquel la loi générale sur les faillites n'a pu porter aucune atteinte. Du moment où la créance de la régie est née avant la déclaration de faillite du redevable, l'état de faillite de celui-ci ne modifie ni les droits de la régie des contributions indirectes, ni leur mode d'exercice. Il n'en sera différemment que si la créance de la régie est née postérieurement à la déclaration de faillite, auquel cas le privilège de l'article 47 n'existera pas.[4]

Du principe que la faillite, survenue postérieurement à la naissance du privilège, ne modifie pas les droits de la régie des contributions indirectes, découlent les conséquences suivantes. En premier lieu, la régie des contributions indirectes n'est obligée ni de produire à la faillite, ni de faire véri-

[1] Cassation, 19 décembre 1844, Dalloz, 45, I, 71 ; Cassation, 11 mars 1884, Sirey, 85, I, 164.

[2] Nancy, 13 juillet 1853, Sirey, 53, II, 627, et Dalloz, 54, II, 68 ; Paris, 12 décembre 1856, Sirey, 57, II, 64, et Dalloz, 59, V, 306.

[3] Cassation, 26 janvier 1852, Sirey, 52, I, 122, et Dalloz, 52, I, 54.

[4] Cassation, 30 avril 1889, Sirey, 90, I, 289, et Dalloz, 90, I, 20.

fier et admettre sa créance; elle agira, comme s'il n'y avait pas faillite, par voie de contrainte, et les incidents qui naîtront sur la contrainte seront de la compétence des tribunaux civils.[1] En second lieu, s'il intervient un concordat, la régie n'est pas liée par le concordat.[2] Enfin l'hypothèque prise au profit de la masse, en vertu de l'article 490 du Code de commerce, ne peut préjudicier aux droits de la régie, et, lorsque les immeubles du failli sont vendus et les créanciers ayant privilège ou hypothèque sur ces immeubles désintéressés, le privilège de la régie s'exercera sur le reliquat du prix, sans pouvoir être mis en échec par les droits de la masse.[3]

569. — Le privilège établi par l'article 47 du décret du 1er Germinal an XIII au profit de la régie des contributions indirectes ne peut être étendu au profit de l'octroi. Il suffirait, pour l'établir, de rappeler que nous sommes en matière de privilèges, c'est-à-dire dans une matière de stricte interprétation, et que le décret de l'an XIII ne parle que de la régie des contributions indirectes, point de l'octroi. Il faut ajouter d'ailleurs que les taxes d'octroi constituent des taxes locales établies au profit des communes, tandis que l'impôt des contributions indirectes est un impôt général, perçu au profit de l'Etat, et l'intérêt du Trésor public, qui a fait accorder ce privilège, n'existe point lorsqu'il s'agit des droits d'octroi.[4]

[1] Paris, 29 novembre 1864, Sirey, 65, II, 108 ; Lyon, 3 juillet 1874, Sirey, 75, II, 301, et Dalloz, 75, II, 173 ; Cassation, 25 avril 1883, Sirey, 83, I, 456, et Dalloz, 84, I, 40. — *Adde* Bruxelles, 13 août 1811, Dalloz, Répert. alphab., V° *Privilèges et Hypothèques,* 553 1°.

[2] Paris, 29 août 1836, Sirey, 37, II, 82.

[3] Cassation, 16 mai 1888, Sirey, 88, I, 321 ; Dalloz, 88, I, 353 ; et *Pandectes françaises,* 88, I, 345.

[4] Trescaze, Hourcade et Laussucq, *Contentieux des Contributions indirectes,* I, n° 406.

§ III

Du privilège de la régie de l'enregistrement pour les droits de mutation par décès.

570. — L'existence de ce privilège, admise par une jurisprudence constante, est très controversée dans la doctrine, et un parti important soutient que la régie de l'enregistrement n'a en cette matière aucun droit de préférence :

« Ce privilège, dit M. Pont, est exclusivement l'œuvre de « la jurisprudence. »[1]

Sans entrer dans l'examen approfondi de cette question, qui rentre dans l'étude des lois d'enregistrement, nous devons indiquer l'opinion qui nous paraît préférable et les motifs principaux qui nous déterminent à l'adopter. Or nous croyons tout à fait à l'existence d'un privilège au profit de l'enregistrement, privilège limité aux revenus des biens héréditaires, et cela surtout à raison des termes de l'article 32 de la loi du 22 Frimaire an VII, lequel est ainsi conçu :

« Les droits des déclarations des mutations par décès se- « ront payés par les héritiers, donataires ou légataires. Les « cohéritiers seront solidaires.

« La nation aura action sur les revenus des biens à décla- « rer, en quelques mains qu'ils se trouvent, pour le paiement « des droits dont il faudrait poursuivre le recouvrement. »

De ce texte résultent les deux propositions suivantes : la première, que la régie de l'enregistrement a une action personnelle et solidaire contre les héritiers, donataires ou légataires ; la seconde, qu'elle a une action directe et *réelle* sur les revenus des biens héréditaires, réelle, puisqu'elle peut l'exercer, d'après le texte que nous venons de citer, en quel-

[1] *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 34. — *Sic* Orléans, 9 juin 1860, Sirey, 60, II, 551, et Dalloz, 60, II, 201. — Duranton, XIX, n° 233 ; Mourlon, *Exam. crit. du comment. de M. Troplong,* I, n°s 55 et suiv. ; Wahl, *Note,* Sirey, 90, II, 193 ; Testoud, *Revue critique,* 1891, p. 273 et suiv.

ques mains que les biens se trouvent. Or quel pourrait être le caractère de ce droit direct et réel sur les revenus, sinon celui d'un privilège ?

La loi de Frimaire ainsi entendue est en harmonie avec l'économie générale de nos lois fiscales : partout, lorsque le législateur a établi un impôt général et important, il s'est préoccupé d'en assurer le paiement en créant au profit du Trésor public un privilège ; comment n'aurait-il pas eu cette pensée pour un impôt aussi important que celui des droits de mutation par décès, qui figurent pour un si gros chiffre dans les recettes du Trésor ? Voilà pourquoi la loi de Frimaire a fait deux choses : elle a d'abord déclaré les héritiers, donataires et légataires, débiteurs personnels et solidaires des droits de mutation, puis elle a créé un privilège sur les revenus, la dette étant de celles qui devraient pouvoir s'acquitter avec les revenus des biens héréditaires.[1]

570 I. — La controverse que nous avons signalée au numéro précédent sur le caractère du droit donné à la régie de l'enregistrement ne peut plus exister aujourd'hui, et on ne peut plus dire, comme le faisait M. Pont, que ce privilège est l'œuvre de la jurisprudence. Le législateur est en effet intervenu, et a expressément consacré le caractère privilégié de ce droit dans l'article 7 de la loi de finances du 16 avril 1895, lequel est ainsi conçu :

[1] Cassation, 9 Vendémiaire an XIV, Sirey, C. N., II, I, 166 ; Paris, 25 mai 1835, Sirey, 35, II, 272 ; Cassation, 3 décembre 1839, Sirey, 40, I, 28 ; Bordeaux, 15 février 1849, Sirey, 49, II, 536 ; Cassation, 28 juillet 1851, Sirey, 51, I, 761, et Dalloz, 51, I, 233 ; Angers, 9 janvier 1856, Sirey, 56, II, 75 ; Cassation, 23 juin 1857, Sirey, 57, I, 401, et Dalloz, 57, I, 233 ; Cassation, 24 juin 1857, Sirey, 57, I, 438, et Dalloz, 57, I, 233 ; Cassation, 2 décembre 1862, Sirey, 62, I, 97, et Dalloz, 62, I, 513 ; Bourges, 24 février 1864, Sirey, 64, II, 30, et Dalloz, 64, II, 55 ; Cassation, 24 novembre 1869, Sirey, 70, I, 88, et Dalloz, 70, I, 339 ; Caen, 24 janvier 1888, Sirey, 90, II, 193. — Grenier, *Des Hypothèques,* II, n° 418 ; Persil, *Régime hypothécaire,* I, n° 25 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 97 ; Aubry et Rau, III, § 263 *bis,* texte et note 7, p. 178.

« Le *privilège* accordé au Trésor par l'article 32 de la loi « du 22 Frimaire an VII pour le recouvrement des droits « de mutation par décès s'applique à la taxe établie et aux « amendes prononcées par la présente loi. »

571. — Le privilège dont nous venons de reconnaître l'existence au profit de la régie de l'enregistrement n'existe que sur *les revenus* des biens de la succession, et il ne porte pas sur ces biens eux-mêmes, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles. A l'origine, certains arrêts avaient admis l'existence d'un privilège sur tous les biens héréditaires,[1] et même, d'après quelques-uns,[2] il aurait existé un droit de prélèvement à titre de copropriété sur les biens de la succession au profit de la régie de l'enregistrement. Cette opinion est aujourd'hui unanimement repoussée, et avec raison selon nous : puisque nous avons fondé le privilège de la régie de l'enregistrement sur le second paragraphe de l'article 32 de la loi du 22 Frimaire an VII, combiné avec le premier, le privilège ne peut dépasser les limites fixées par ce texte, c'est-à-dire « les revenus des biens à déclarer ».[3]

572. — Si le privilège de la régie de l'enregistrement pour les droits de mutation par décès est limité aux seuls revenus des biens héréditaires,[4] du moins s'étend-il à tous ces revenus, qu'elle qu'en soit la nature et en quelques mains qu'ils soient.[5] C'est ainsi qu'il s'exercera sur les intérêts des prix d'adjudication d'immeubles héréditaires,[6] et même sur la totalité de ces intérêts, bien qu'une partie du prix de vente ait été employée à désintéresser les créanciers ins-

[1] Cassation, 8 décembre 1839, Sirey, 40, I, 28 ; Cassation, 28 juillet 1851, Sirey, 51, I, 761.

[2] Paris (deux arrêts), 13 mars 1855, Sirey, 55, II, 161.

[3] Cassation, 23 juin 1857, Sirey, 57, I, 401, et Dalloz, 57, I, 233; Cassation, 24 juin 1857, et *Rapport* de M. Laborie, Sirey, 57, I, 438, et Dalloz, 57, I, 242 ; Paris, 31 août 1861, Sirey, 62, II, 271, et Dalloz, 62, II, 192 ; Amiens, 9 mai 1888, Dalloz, 89, II, 176.

[4] *Compar.* Aix, 4 décembre 1890, Sirey, 91, II, 97.

[5] Cassation, 24 janvier 1888, Dalloz, 88, II, 178.

[6] Bordeaux, 16 juin 1891, Sirey, 92, II, 265, et Dalloz, 93, V, 267 ; Caen, 1er février 1897, *Recueil des Arrêts de Caen*, 97, p. 74.

crits.[1] De même il s'exercera sur tous les revenus de la succession, même sur ceux des biens qui sont aux mains d'un successible autre que le successible débiteur des droits dont le paiement est réclamé ;[2] et, si ces biens sont possédés par un usufruitier, la régie de l'enregistrement pourra agir contre celui-ci par voie d'action en reddition de compte des revenus perçus par lui.[3]

573. — Le privilège de la régie de l'enregistrement ne peut toutefois s'exercer ni contre les tiers acquéreurs des immeubles héréditaires,[4] ni contre les créanciers ayant hypothèque ou privilège sur l'immeuble, lorsque, dans ce dernier cas, les fruits immobilisés forment un accessoire du prix principal et doivent être comme lui distribués par voie d'ordre.[5]

On peut, à notre avis, fonder ces deux solutions sur le caractère même du privilège donné à la régie de l'enregistrement : c'est un privilège *mobilier*, il ne peut donc s'exercer que sur les fruits civils ou naturels ayant le caractère de meubles, ce qui arrive lorsqu'ils sont aux mains d'un héritier, donataire ou légataire du défunt. Mais, lorsqu'un immeuble héréditaire est acquis par un tiers, ou que les fruits naturels ou civils sont immobilisés et distribués par voie d'ordre, les fruits ont alors nature d'immeuble, comme l'immeuble dont ils sont l'accessoire, et la régie n'a plus de privilège sur eux.

574. — Ce privilège n'a-t-il pour effet de garantir que le paiement du droit simple, ou doit-on l'étendre au paiement du demi-droit ou du droit en sus, dans le cas de re-

[1] Bordeaux, 18 février 1892, Dalloz, 92, II, 512.

[2] Lyon, 23 juillet 1890, Sirey, 91, II, 170.

[3] Tribunal de Meaux, 12 mai 1886, Sirey, 88, II, 144, et *Pandectes françaises*, 89, VI, 39.

[4] Avis du Conseil d'Etat des 4-21 septembre 1810.

[5] Cassation, 24 juin 1857, Sirey, 57, I, 438 ; Cassation, 24 novembre 1869, Sirey, 70, I, 88, et Dalloz, 70, I, 339 ; Grenoble, 28 janvier 1871, Sirey, 72, II, 51, et Dalloz, 72, II, 46.

tard ou d'omission dans la déclaration de mutation par décès ? La question est très controversée, et, sans entrer dans son examen détaillé, nous allons indiquer le motif principal qui nous porte à ne pas admettre l'extension du privilège. C'est un motif de texte : l'article 32, qui crée le privilège de la régie de l'enregistrement, est placé dans le Titre V de la loi de Frimaire an VII, titre qui a pour rubrique, « *du paiement* des droits *et de ceux qui doivent les acquitter* » ; et d'ailleurs cet article, dans son texte, ne s'occupe que du paiement du droit simple. L'obligation de payer un droit ou un demi-droit en sus, en cas d'omission, d'insuffisance ou de retard dans la déclaration, est créée par l'article 39, placé au titre VI, qui a pour intitulé : « *Des peines* « *pour défaut d'enregistrement des actes et déclarations dans* « *les délais, et de celles portées relativement aux omissions,* « *aux fausses estimations et aux contre-lettres.* » L'article 39, et, d'une manière générale, tous les textes du Titre VI étant muets sur l'existence d'un privilège pour le recouvrement du droit ou du demi-droit en sus, il nous paraît impossible d'étendre le privilège de l'article 32 à cette hypothèse : il importe peu que, logiquement, le législateur eût dû donner au Trésor des garanties semblables, *à fortiori* même, dans le cas de retard ou d'omission dans le paiement des droits que pour le paiement du droit simple : ce n'est pas sur la logique du droit ou sur l'analogie que les privilèges se fondent. Celui dont nous nous occupons n'est établi que pour le paiement du droit simple, on ne peut l'étendre, dans le silence de la loi, qu'aux amendes qui sont la conséquence du non-paiement intégral de ce droit.

§ IV

Du privilège pour le recouvrement des contributions directes.

575. — Le privilège pour le recouvrement des contributions directes, créé par la loi du 12 novembre 1808, est investi par elle d'une faveur particulière :

« Le privilège du Trésor public pour le recouvrement des « contributions directes....., dit l'article 1er, *s'exerce avant « tout autre.* »

M. Troplong trouve cette faveur toute excessive :

« Le privilège exorbitant accordé au Trésor public, dit-il, « ne peut s'expliquer par aucune raison particulière. Il ne « faut rien moins que la volonté positive de la loi pour lui « assurer ce degré de préférence, et le faire passer même « avant les frais de dernière maladie, même avant les frais « funéraires ! Comme si, par cette odieuse prérogative, le « fisc eût enlevé au malheureux débiteur les soins dus à « l'humanité souffrante ! Je sais bien que Grotius a dit avec « raison que les obligations que nous contractons envers la « République sont plus étroites que celles que nous con- « tractons avec les particuliers....., mais c'est abuser de « cette maxime vraie en elle-même que de lui donner une « telle extension. »[1]

Cette critique nous paraît excessive. Certes nous ne sommes pas partisan de l'exagération des droits de l'Etat, mais nous croyons assez facile de justifier cette disposition au profit du Trésor public. Nous invoquerons d'abord le motif général que donnait Grotius,[2] et que M. Troplong lui-même approuve dans sa généralité. M. de Montesquiou le formulait spécialement dans les termes suivants, à propos du privilège pour le recouvrement des contributions indirectes :

« Les biens que nous possédons, disait-il, n'appartien- « nent pas à l'Etat ; mais nous devons une portion de leur « revenu pour nous assurer la jouissance du reste. »[3]

« Sous ce point de vue, ajoute M. Valette, on peut donc « jusqu'à un certain point faire rentrer cet impôt dans les « frais faits pour la conservation de la chose. C'est ainsi « qu'on s'expliquera comment l'article 1er de la loi précitée

[1] *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 33.

[2] *Suprà,* Tome II, n° 552.

[3] Merlin, Répert., V° *Privilège de créance,* Sect. II, § II, n° 7.

« a pu décider que ce privilège passerait *avant tout autre*. « La masse des créanciers n'a dû compter sur les revenus « de l'immeuble de leur débiteur que déduction faite des « sommes dont l'Etat était lui-même créancier pour l'impôt « foncier. »[1]

Nous donnerons un second motif à l'appui de la théorie de la loi de 1808 : le recouvrement régulier de la contribution foncière et des autres contributions directes importe essentiellement à l'équilibre du budget, ce sont là des ressources normales sur lesquelles le Trésor doit compter, et il ne peut y compter qu'à la condition d'avoir un privilège qui l'emporte sur tous les autres.

576. — La loi du 12 novembre 1808 crée au profit du Trésor public, pour le recouvrement des contributions directes, deux sortes de privilèges, l'un pour la contribution foncière, l'autre pour la contribution mobilière, les portes et fenêtres, les patentes, et les autres contributions directes et personnelles.

Pour la contribution foncière, l'article 1er, § 1, déclare que le privilège s'exerce « pour la contribution de l'année échue « et de l'année courante sur les récoltes, fruits, loyers et re- « venus des biens immeubles sujets à la contribution ».

A ce privilège s'appliquent directement les paroles que prononçait M. de Montesquiou, on abandonne à l'Etat une partie des revenus pour qu'il garantisse la sécurité du reste.

577. — Contrairement à ce qui se passe pour le privilège sur les revenus établi au profit de l'enregistrement, qui, comme nous l'avons dit,[2] ne peut s'exercer sur les revenus d'immeubles acquis par des tiers, le privilège pour le recouvrement de l'impôt foncier continue de grever les récoltes, fruits, loyers et revenus, même si les immeubles ont changé de maître. Les termes de la loi du 12 novembre 1808, « ce privilège s'exerce avant tout autre... sur les ré-

[1] *Des Privilèges et Hypothèques*, n° 101.
[2] *Suprà*, Tome II, n° 573.

« coltes, etc... des immeubles sujets à contribution », sont bien différents de ceux de l'article 32 de la loi du 22 Frimaire an VII : ils révèlent l'intention formelle du législateur de grever d'un droit réel opposable à tous et préférable à tous les revenus des immeubles sujets à la contribution, sans qu'il y ait à se préoccuper de savoir quel est leur propriétaire.[1]

578. — Le second alinéa de l'article 1er de la loi du 12 novembre 1808, relatif, comme nous venons de le dire, au privilège pour les contributions mobilières, portes et fenêtres, patentes, et toutes autres contributions directes et personnelles, porte qu'il s'exerce « sur tous les meubles et « autres effets mobiliers appartenant aux redevables, en « quelque lieu qu'ils se trouvent ».

De la rédaction de ce texte découlent les deux conséquences suivantes.

En premier lieu, le privilège du Trésor s'exercera sur les meubles du redevable, même si ces meubles étaient aux mains d'un tiers, par exemple à titre de louage ou de dépôt. Cette solution est imposée par ces mots de l'article, « en quelque lieu qu'ils se trouvent », expression qui indique que le privilège n'est pas subordonné à la possession des meubles par le redevable.[2]

En second lieu, ce privilège cessera de produire ses effets sur les meubles qui n'appartiendraient plus au débiteur, même si l'aliénation avait eu lieu depuis le commencement de l'année pour laquelle les impôts sont réclamés, du moment où cette aliénation est faite sans fraude. D'un côté, l'article 2279 protège les tiers acquéreurs contre toute revendication, qu'elle émane du propriétaire véritable ou d'un créancier ayant privilège sur les meubles par lui acquis ; et,

[1] Cassation, 6 juillet 1852, Sirey, 52, I, 631, et Dalloz, 52, I, 165 ; Cassation, 26 mai 1886, Sirey, 86, I, 256 ; Dalloz, 87, I, 296 ; et *Pandectes françaises,* 87, I, 263 ; Rouen, 1er février 1893, Sirey, 93, II, 132, et Dalloz, 93, II, 584.

[2] Rouen, 1er février 1893, Sirey, 93, II, 132, et Dalloz, 93, II, 584.

de l'autre, l'article 1er de la loi de 1808 n'accorde de privilège au Trésor que sur les meubles « appartenant aux re- « devables », ce qui exclut les meubles aliénés par ceux-ci au profit de tiers de bonne foi.[1]

579. — Le privilège pour le recouvrement des contributions directes est accordé non seulement pour les impôts énumérés dans l'article 1er, mais, suivant les expressions de ce texte, « pour toute autre contribution directe et per- « sonnelle ». C'est donc avec raison que la Cour de cassation a décidé qu'il devait être accordé pour le recouvrement des frais d'entretien des digues des rivières non navigables : ces frais constituent un véritable impôt direct mis à la charge des riverains, et doivent avoir les mêmes garanties.[2]

Mais il n'en sera pas de même pour les droits de voirie dus à la Ville de Paris, qui ne doivent être assimilés aux contributions directes que pour la forme du recouvrement. En effet, c'est la Ville de Paris seule qui en profite, ce qui suffit pour exclure l'application d'un privilège qui n'est créé que pour le Trésor public ; ajoutons que ces droits de voirie ne sont exigibles qu'une seule fois, à raison d'un acte isolé, et non perçus d'année en année, à raison d'un fait successif, comme le sont les contributions directes.[3]

580. — La loi du 12 novembre 1808 n'a point abrogé le décret du 5 août 1791, concernant les obligations de l'officier ministériel dépositaire de fonds appartenant à un redevable. Il en résulte que l'officier ministériel qui a procédé à la vente des meubles de celui-ci est tenu de prélever et de verser d'office, entre les mains du percepteur, aux

[1] Cassation, 17 août 1847, Sirey, 48, I, 45, et Dalloz, 47, I, 311. — Aubry et Rau, III, § 263 *bis*, texte et note 37, p. 185 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 50.

[2] Cassation, 15 juillet 1868, Sirey, 68, I, 448, et Dalloz, 68, I, 373.

[3] Cassation, 21 janvier 1892, Sirey, 92, I, 184, et Dalloz, 92, II, 47.

dépens du prix de vente, le montant des contributions directes dû par le redevable ; et, s'il avait eu l'imprudence de se dessaisir de ces fonds avant toute réclamation de la part du Trésor, il pourrait être contraint de payer une seconde fois.[1]

581. — Le privilège pour le recouvrement des contributions directes, qu'il s'agisse de l'impôt foncier ou de toute autre contribution directe, est restreint à ce qui est dû pour la contribution de l'année échue et de l'année courante : ce sont les expressions formelles des deux alinéas de l'art. 1er de la loi de 1808.

Il s'exerce « avant tout autre », suivant les termes de l'article 1er. Cette formule absolue doit faire préférer ce privilège même à ceux qui sont fondés sur la possession, comme le privilège du bailleur ou celui du créancier gagiste, ou sur l'idée de service rendu, comme le privilège pour frais de conservation.

M. Duranton soutient cependant qu'il faut faire passer avant le privilège pour le recouvrement des contributions directes les privilèges fondés sur la possession, sauf le privilège du bailleur, privilèges du gagiste, de l'aubergiste, du voiturier, et, en outre, le privilège des frais faits pour la conservation de la chose. Voici les motifs qu'il invoque à l'appui de cette double exception : en premier lieu, lorsqu'il s'agit de privilèges fondés sur la possession, il fait remarquer la faveur que la loi attache à la possession en matière mobilière, et puisque la possession l'emporte même sur la propriété (article 2279), à plus forte raison doit-elle l'emporter sur un simple privilège. En second lieu, lorsqu'il s'agit des frais faits pour la conservation de la chose, ils profitent au Trésor public comme aux autres créanciers, et on ne peut admettre qu'il s'enrichisse aux dépens d'autrui, en encaissant le prix du meuble sans indemniser le créancier qui a fait des dépenses pour le conserver.[2]

[1] Tribunal civil de Douai, 12 février 1864, Sirey, 64, II, 277.
[2] XIX, n° 231.

582. — Cette théorie doit, à notre avis, être écartée. En disant que le privilège du Trésor pour le recouvrement des contributions directes « s'exerce *avant tout autre* », l'article 1er de la loi du 12 novembre 1808 écarte, selon nous, la possibilité d'une controverse sur le classement de ce privilège : il passe avant tous les autres, par conséquent avant les privilèges fondés sur la possession ou sur le service rendu. D'ailleurs, en ajoutant qu'il s'exerce sur les meubles du redevable « en quelque lieu qu'ils se trouvent », l'art. 1er indique qu'il ne faut attacher aucune importance à la possession par un tiers des meubles appartenant au redevable, comme M. Duranton le reconnaît d'ailleurs pour le privilège du bailleur, fondé pourtant, lui aussi, sur l'idée de pos session.[1]

583. — Nous croyons cependant que les frais qui ont été faits pour réaliser et distribuer le prix des meubles, sur lequel le Trésor va exercer son privilège, devront être payés avant les contributions directes. Au premier abord, cette solution se heurte au texte absolu de l'article 1er, ce privilège « s'exerce avant tout autre » ; mais le privilège des frais de justice n'est pas un privilège comme un autre, il n'est que l'application du principe qu'il n'y a de biens que dettes déduites. Le privilège du Trésor sur les revenus ou sur les meubles du contribuable ne peut jamais s'exercer sur la valeur brute de ces biens, mais seulement sur leur valeur nette, déduction faite des frais nécessaires pour la réalisation et la distribution du prix ; ces frais doivent donc être déduits de la somme à distribuer, qu'ils soient faits par le Trésor ou par un autre créancier.[2]

584. — Le privilège pour le recouvrement des contributions directes ne s'exerce pas sur les immeubles des redevables. Ce point résulte suffisamment du texte de l'article 1er de la loi de 1808, qui, en accordant le privilège sur les récoltes, les revenus et les meubles des redevables, l'exclut

[1] Aubry et Rau, III, § 263 *bis*, texte et note 38, p. 186.
[2] Aubry et Rau, *Op. et Loc. citat.*

par là même sur les autres biens. D'ailleurs M. Joubert, dans l'*Exposé des motifs* de la loi de 1808, s'en est formellement expliqué, en donnant les raisons pour lesquelles le privilège ne recevait pas cette extension :

« Le Gouvernement, dit-il, a voulu établir des règles « qui, en même temps qu'elles seraient claires et précises, « n'entraînassent que les formes les plus simples et les « moins dommageables pour les débiteurs et les tiers. « C'est dans cette vue que le projet rejette toute idée de « privilège sur les immeubles. Il pourrait y avoir du dan- « ger à laisser aux percepteurs la faculté de vexer les rede- « vables, en intentant des procédures, en expropriation « forcée, ce qui pourrait arriver si le privilège s'étendait « sur les immeubles. Ainsi un des points fondamentaux du « projet, c'est que le privilège ne s'étendra pas sur les « immeubles. »

Aussi est-on d'accord pour reconnaître que le Trésor n'a sur les immeubles aucun privilège.[1]

Ajoutons toutefois, avec l'article 3 de la loi de 1808, que le privilège ainsi limité ne préjudicie point « aux autres « droits que le Trésor public pourrait exercer sur les biens « des redevables, comme tout autre créancier ».

§ V

Du privilège pour droits et amendes en matière de timbre.

585. — L'article 76 de la loi du 28 avril 1816, après avoir posé le principe que le recouvrement des droits de timbre et des amendes de contraventions y relatives sera poursuivi par voie de contrainte, et les procès jugés comme en matière d'enregistrement, ajoute :

« En cas de décès des contrevenants, lesdits droits et « amendes seront dus par leurs successeurs, et jouiront,

[1] Aubry et Rau, III, § 263 *bis*, texte et note 35, p. 185 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 51.

« soit dans les successions, soit dans les faillites ou tous « autres cas, du privilège des contributions directes. »

La rédaction de ce texte n'est pas très heureuse, mais la pensée qui l'a inspiré ne s'en dégage pas moins assez clairement. Il étend purement et simplement au recouvrement des droits de timbre et des amendes de contraventions y relatives le privilège créé par la loi du 12 novembre 1808 en matière de contributions indirectes.

Aussi n'avons-nous aucune explication particulière à fournir à propos de ce privilège, auquel s'appliquera tout ce que nous venons de dire relativement au privilège créé pour le recouvrement des contributions directes.

Remarquons toutefois, avec M. Pont,[1] que, malgré l'analogie absolue proclamée par l'article 76 de la loi de 1816, le privilège pour droits de timbre et amendes de contraventions y relatives ne s'exercera pas, comme le privilège pour l'impôt foncier, sur les revenus des immeubles, mais seulement sur les meubles des redevables, comme pour les autres contributions directes : le privilège sur les revenus est en effet un prélèvement tout spécial à l'impôt foncier.

§ VI

Du privilège sur les biens des comptables.

586. — Le privilège au profit du Trésor public sur les biens des comptables a été organisé, sous notre ancien droit, par divers édits et déclarations royales. Après la promulgation du Code, un certain nombre de décisions judiciaires affirmèrent que ce privilège, non reproduit par le Code civil, avait été abrogé avec toutes les lois antérieures à sa promulgation. Cette doctrine, combattue avec raison par le Gouvernement,[2] paraissait bien en contradiction avec l'article 2098,

[1] *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 54.

[2] Circulaire du Ministre de la Justice du 26 février 1807, Sirey, *Lois annotées,* I, p. 754.

qui, au lieu d'abroger la loi établie au profit du Trésor, déclarait que « le privilège à raison des droits du Trésor pu-
« blic et l'ordre dans lequel ils s'exercent *sont réglés par*
« *les lois qui les concernent* ». Néanmoins, en présence de la résistance persistante de quelques tribunaux, on crut devoir recourir à l'intervention législative, et c'est ainsi qu'est née la loi du 5 septembre 1807, « *relative aux droits du Trésor*
« *public sur les biens des comptables* ». L'article 1er de cette loi montre bien que, dans la pensée du législateur, il ne s'agit pas de créer un privilège nouveau, mais de régler les conditions d'exercice d'un privilège existant :

« Le privilège et l'hypothèque *maintenus* par les articles
« 2098 et 2121 du Code civil au profit du Trésor public sur
« les biens meubles et immeubles de tous les comptables
« chargés de la recette ou du paiement de ses deniers, sont
« réglés ainsi qu'il suit... »

587. — Le privilège du Trésor sur les biens des comptables a un double objet, dont nous allons successivement nous occuper.

Il existe d'abord, aux termes de l'article 2, « sur tous les
« biens meubles des comptables ».

Il existe ensuite, d'après l'article 4, « 1° sur les immeu-
« bles acquis à titre onéreux par les comptables, postérieu-
« rement à leur nomination ; 2° sur ceux acquis au même
« titre, depuis cette nomination, par leurs femmes, même
« séparées de biens. Font exception néanmoins les acqui-
« sitions à titre onéreux faites par les femmes, lorsqu'il
« sera légalement justifié que les deniers employés à l'ac-
« quisition leur appartenaient ».

588. — Le privilège sur les meubles, organisé par l'article 2, est un privilège général, qui s'étend « sur tous les
« biens meubles des comptables », pour la garantie de leur gestion et le paiement de leur débet.

Que faut-il entendre par l'expression « *comptables* », employée par la loi de 1807 ? Dans notre ancien droit, Ferrière définissait ainsi ce mot : « Tous ceux qui manient ou ont

« manié les deniers publics et ceux du roi. »[1] Cette définition doit encore être suivie aujourd'hui, et il faut entendre par comptables, comme dans notre ancien droit, tous ceux qui, opérant des recettes ou des paiements pour le compte de l'Etat, ont encore ou ont eu à ce titre le maniement des deniers publics. L'article 7 de la loi du 5 septembre 1807 énumère, comme soumis aux privilèges qu'il organise, les fonctionnaires suivants : les receveurs généraux de département, les receveurs particuliers d'arrondissement, les payeurs généraux et divisionnaires, ainsi que les payeurs de département, des ports et des armées ; mais cette énumération n'est pas limitative, et le privilège doit être étendu, comme nous venons de le dire, à tous les comptables de deniers publics, qu'ils soient justiciables ou non de la Cour des comptes.[2]

589. — Il n'y a que les comptables *de deniers* qui soient soumis à l'empire de la loi du 5 septembre 1807 : c'est ce qui résulte à la fois de la tradition historique, et du texte formel de l'article 1er qui ne vise que « les comptables char- « gés de la recette ou du paiement des deniers du Trésor « public ».

Il résulte de là que les comptables en matière n'y sont pas soumis : il en sera ainsi, par exemple, des agents manutentionnaires des vivres militaires,[3] ou des fournisseurs de l'Etat, qui auraient obtenu par anticipation le versement de sommes excédant le montant de leurs fournitures.[4]

[1] DICTIONN. DE DROIT ET DE PRATIQUE, V° *Comptable*.

[2] Cassation, 5 mars 1855, Sirey, 55, I, 251, et Dalloz, 55, I, 128. — Aubry et Rau, III, § 263 *bis*, texte et note 16, p. 180 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 39. — *Contrà*, Merlin, RÉPERT., V° *Hypothèques*, sect. II, § 3, art. 1, n° 1.

[3] Paris, 4 février 1854, Sirey, 54, II, 140, et Dalloz, 55, II, 49 ; Cassation, 19 février 1856, Sirey, 56, I, 727, et Dalloz, 56, I, 78. — Aubry et Rau, III, § 263 *bis*, texte et note 18, p. 180 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 39.

[4] Cassation, 3 mai 1843, Sirey, 43, I, 369. — Aubry et Rau, III, § 263 *bis*, texte et note 19, p. 181 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 39.

590. — Que faut-il décider à propos des percepteurs? Jusqu'en 1884, l'opinion unanime des auteurs,[1] suivie par un arrêt de la Cour de Colmar,[2] décidait que les percepteurs ne sont pas soumis aux privilèges établis par la loi de 1807. On donnait comme motif, à l'appui de cette opinion, que les percepteurs ne sont pas des comptables du Trésor public, avec lequel ils n'ont point de compte ouvert : ils ne sont, dit-on, que de simples préposés des trésoriers-payeurs généraux, auxquels ils doivent rendre chaque mois compte de leur gestion, et qui sont responsables des erreurs ou des fautes commises dans cette gestion ; et il n'y a que les fonctionnaires de l'Etat, comptables à ce titre des deniers publics qu'ils sont chargés de recevoir ou de payer, qui soient soumis au privilège de la loi de 1807. Ce privilège a pour but la garantie des deniers du Trésor, et non des deniers des trésoriers-payeurs généraux.

En 1884, ce système a été repoussé par un arrêt de la Cour de Nancy,[3] dont l'opinion a été adoptée par MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes,[4] et nous croyons que c'est à bon droit que cet arrêt applique aux percepteurs les garanties organisées par la loi de 1807.

L'opinion contraire nous paraît en effet confondre deux choses, la fonction des percepteurs, et les garanties particulières créées, dans l'intérêt même du Trésor public, pour la gestion de cette catégorie de fonctionnaires.

Les percepteurs sont, à notre avis, des fonctionnaires de l'Etat, parce qu'ils sont nommés par lui et révoqués par lui. Ils ont le maniement des deniers publics, puisqu'ils sont char-

[1] Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 287 ; Duranton, XIX, n° 235 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 430 *bis* ; Aubry et Rau, III, § 263 *bis,* texte et note 17, p. 180 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 39. — *Adde* Décision du Ministre des Finances, 21 mars 1809, et Instruction du Directeur général de l'Enregistrement, Sirey,

[2] Colmar, 10 juin 1820, Sirey, C. N., VI, II, 271.

[3] Nancy, 8 mars 1884, Sirey, 84, II, 59, et Dalloz, 86, II, 9.

[4] *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 666.

gés de percevoir les contributions directes, et de payer les traitements de certains fonctionnaires, les pensions de retraite, les arrérages des rentes sur l'Etat, etc... Puisqu'ils ont « le maniement des deniers publics », suivant la formule de Ferrière, ils doivent figurer à ce titre parmi les fonctionnaires grevés du privilège de la loi de 1807.

Quant à leurs relations avec les trésoriers-payeurs généraux, voici comment elles s'expliquent. Dans l'intérêt du Trésor public, et pour assurer d'une façon plus certaine le recouvrement des contributions directes, qui est si essentiel à l'équilibre du budget, le législateur a décidé de rendre les trésoriers-payeurs généraux responsables de la gestion des percepteurs, qu'ils peuvent surveiller efficacement, par eux ou par les receveurs particuliers ; et pour cela la loi a fait deux choses, elle a décidé que les comptes des percepteurs seraient rendus aux trésoriers-payeurs généraux, et que ceux-ci seraient responsables, vis-à-vis du Trésor public, de la mauvaise gestion de ces comptables.

Mais ces garanties particulières de la gestion des percepteurs, créées, nous le répétons, dans l'unique intérêt du Trésor public, n'empêchent pas à notre avis qu'ils soient des fonctionnaires de l'Etat, chargés de recevoir et parfois de payer les deniers publics, et il serait contraire au but de la loi de 1807 de les soustraire aux garanties générales qu'elle organise dans l'intérêt du Trésor.

591. — Si le comptable est marié, le privilège s'étend à tous les meubles « trouvés dans les maisons d'habitation « du mari », dit l'article 2 de la loi du 5 septembre 1807, et ce texte ajoute que cette extension du privilège a lieu même à l'égard des femmes séparées de biens.

Toutefois le même texte porte qu'il en sera autrement si les femmes séparées de biens « justifient légalement que lesdits « meubles leur sont échus de leur chef, ou que les deniers « employés à l'acquisition leur appartenaient ». La rédaction de cette partie de l'article est incorrecte ; ce n'est pas seulement la femme séparée de biens, comme le texte l'indique,

mais la femme mariée, séparée ou non, qui a le droit de soustraire son mobilier propre au privilège du Trésor, en établissant d'une façon juridique son droit de propriété. Il ne peut pas se faire en effet que le Trésor exerce son privilège, qui ne s'étend qu'aux « meubles du comptable », sur les meubles appartenant à la femme de celui-ci, et, si la loi n'a parlé que de la femme séparée de biens, c'est parce que la preuve de son droit de propriété sera plus facile à faire et plus souvent faite par celle-ci.[1]

L'article 2 présente un autre vice de rédaction lorsqu'il ne donne de privilège au Trésor, au cas de mariage du comptable, que sur « les meubles trouvés dans les maisons « d'habitation du mari ». Comme on l'a fait remarquer avec raison, si la femme habite seule dans une maison à elle appartenant, ou louée en son nom, le privilège du Trésor s'exercera sur les meubles étant dans cette maison, à moins que la femme n'établisse sur eux son droit de propriété : il n'a pu en effet entrer dans la pensée du législateur de 1807 de restreindre le privilège du Trésor, au cas où la femme aurait un domicile séparé, et d'ailleurs cette maison est encore, au sens juridique, la maison d'habitation du mari, en ce sens qu'il a le droit d'y habiter.[2]

592. — Le privilège du Trésor public sur les biens meubles des comptables est classé par l'article 2, *in fine*, de la loi du 5 septembre 1807, et, d'après ce texte, il sera primé non seulement par les privilèges généraux sur les meubles, mais même par les privilèges spéciaux :

« Ce privilège ne s'exerce néanmoins qu'après les pri-
« vilèges généraux et particuliers énoncés aux articles 2101
« et 2102 du Code civil. »

Ce rang moins favorable donné à ce privilège, par rapport aux autres privilèges du Trésor public, s'explique très

[1] Aubry et Rau, III, § 263 *bis*, texte et note 21, p. 181 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 41.

[2] Aubry et Rau, III, § 263 *bis*, texte et note 20, p. 181 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 41.

bien : la créance qu'il s'agit de protéger n'est plus une ressource régulière et essentielle du Trésor, mais une créance accidentelle, pour laquelle la loi devait respecter la faveur qui s'attache aux privilèges de droit commun, ceux de l'article 2102 comme ceux de l'article 2101.

593. — La loi de 1807 crée, avons-nous dit, un second privilège au profit du Trésor sur les biens des comptables, un privilège sur les immeubles. L'article 4 de cette loi porte en effet que « le privilège du Trésor public a lieu sur les « immeubles acquis à titre onéreux par les comptables « *postérieurement* à leur nomination ».

Cette distinction entre les immeubles acquis postérieurement et ceux acquis antérieurement à la nomination des comptables est fondée sur d'excellents motifs. Lorsque le comptable est en débet, il est probable que l'argent du Trésor a servi à payer les immeubles par lui acquis depuis sa nomination. Les autres créanciers ne peuvent donc se plaindre d'un privilège ainsi limité, tandis qu'ils pourraient à bon droit qualifier d'excessive la préférence qui serait donnée au Trésor sur les immeubles dont le comptable était propriétaire avant sa nomination.

Aux termes de l'article 5, ce privilège doit être inscrit dans les deux mois de l'enregistrement des actes d'acquisition, faute de quoi il dégénère en hypothèque, suivant la règle de l'article 2113.

594. — La même idée, que les immeubles acquis par le comptable ont pu être payés avec l'argent du Trésor, a inspiré la seconde disposition de l'article 4, dont voici les termes :

« Le privilège du Trésor public a lieu... sur les immeu-
« bles acquis au même titre, et depuis cette nomination,
« par leurs femmes, même séparées de biens. Font excep-
« tion néanmoins les acquisitions à titre onéreux faites par
« les femmes, lorsqu'il sera légalement justifié que les de-
« niers employés à l'acquisition leur appartenaient. »

Il y a là une présomption d'interposition de personnes

contre les femmes des comptables, présomption qui se justifie par la communauté d'intérêts existante entre les époux ; mais ce n'est qu'une présomption simple, qui peut être détruite par la preuve que les deniers qui ont servi au paiement étaient bien ceux de la femme elle-même.

Ajoutons que la présomption d'interposition de personnes de l'article 3, en tant que présomption légale, ne peut pas être étendue à d'autres personnes qu'à la femme du comptable, pas même au fils ou à l'ascendant de celui-ci, demeurassent-ils avec lui. Mais le Trésor public pourra faire la preuve, par les moyens de droit commun admis en matière de fraude, que l'acquéreur parent du comptable n'est qu'un acquéreur apparent, et que les biens ont été payés avec les deniers de celui-ci.[1]

595. — Si les immeubles ont été acquis avant la nomination du comptable, ils ne sont pas soumis au privilège de la loi de 1807, mais seulement à une hypothèque légale qui est rappelée dans l'article 6 de cette loi, et dont nous nous occuperons avec les articles 2121 et 2134.

Que faut-il décider en ce qui concerne les acquisitions d'immeubles faites *avant* la nomination du comptable, mais payées *après* ? Nous croyons que le privilège n'existera pas dans cette hypothèse, car l'article 4 exige que l'immeuble ait été acquis « *postérieurement* à la nomination du comp- « table », et ici il a été acquis antérieurement. On objecte qu'il a pu être payé avec les deniers du Trésor public, aussi bien que les immeubles acquis après la nomination, et que c'est la date du paiement qui est suspecte, et non celle de l'acquisition : nous répondrons, d'abord, que la loi s'est attachée à la date de l'acquisition, non à celle du paiement ; puis que, en fait, l'acquisition faite antérieurement à la nomination du comptable, quoique payée après, est beaucoup

[1] Limoges, 22 juin 1808, Sirey, C. N., II, II, 402. — Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 92 ; Aubry et Rau, III, § 263 *bis,* texte et note 25, p. 182 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 42.

moins suspecte, car on doit présumer que l'acquéreur avait des fonds pour payer l'immeuble au moment où il l'a acheté.[1]

596. — Si le comptable a, depuis sa nomination, acquis des immeubles par voie d'échange, sans payer de soulte, ces immeubles devront être traités comme des immeubles acquis antérieurement, et être soustraits au privilège du Trésor, et affectés seulement à l'hypothèque légale de l'article 6 : ils prennent, dans le patrimoine du comptable, la place des immeubles qu'il a cédés en échange, et la composition de son patrimoine n'est pas en réalité modifiée. Le privilège qui serait donné alors au Trésor, uniquement à raison de la date de l'échange, constituerait un privilège exorbitant.[2]

Il en sera de même des immeubles acquis par le comptable par voie de donation, à moins que l'étendue des charges qui seraient imposées à la prétendue libéralité n'en fassent réellement une transmission à titre onéreux. Mais, dans le cas où il s'agit d'une véritable libéralité, le motif de la loi fait absolument défaut, l'argent du Trésor n'a pas servi à une acquisition de ce genre. D'ailleurs l'article 4 est formel, et ne donne de privilège au Trésor que sur les immeubles « acquis à titre onéreux » par le comptable.[3]

§ VII

Du privilège pour frais de justice criminelle.

597. — Une seconde loi de la même date que celle consacrée au privilège du Trésor sur les biens des comp-

[1] Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 92 *bis* ; Aubry et Rau, III, § 263 *bis,* texte et note 22, p. 181-182 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 42. — *Contrà,* Mourlon, *Exam. crit. du comment. de M. Troplong,* I, n° 45.

[2] Duranton, XIX, n° 234 ; Aubry et Rau, III, § 263 *bis,* texte et note 24, p. 182 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 41.

[3] Cassation, 5 mars 1855, Sirey, 55, I, 251, et Dalloz, 55, I, 128.

tables, du 5 septembre 1807, a organisé, par application aussi de l'article 2098 du Code civil, un second privilège au profit du Trésor public, pour le recouvrement des frais de justice en matière criminelle, correctionnelle et de police.

Aux termes des articles 2 et 3 de la loi, ce privilège est un privilège général, s'étendant à la fois sur les meubles[1] et sur les immeubles du condamné. Mais, bien que ces deux textes ne s'en expliquent pas, on doit admettre qu'il n'est que subsidiaire sur les immeubles et qu'il n'y viendra qu'après épuisement de la masse mobilière. C'est en effet le principe général posé, quant aux privilèges qui s'étendent sur les meubles et les immeubles, par l'article 2105, et, comme les deux lois du 5 septembre 1807 ne créent pas de privilèges nouveaux, qu'elles se bornent à réglementer les privilèges créés ou maintenus par l'article 2098 du Code civil, la règle de l'article 2105 doit s'appliquer au privilège pour frais de justice criminelle comme aux autres privilèges généraux du Code civil.[2]

598. — Lorsque le privilège pour le recouvrement des frais de justice criminelle s'exerce sur la masse mobilière, il y est primé, d'après l'article 2 de la loi de 1807, par les privilèges généraux de l'article 2101, par les privilèges spéciaux de l'article 2102, et par les sommes dues pour la défense personnelle du condamné.

Mais une question naît à propos de cette dernière créance, la créance pour la défense du condamné : qu'elle soit privilégiée à l'égard du Trésor, ce point n'est pas douteux et résulte expressément de l'article 2, 2°, de la loi de 1807. Mais

[1] *Voir* une application dans un arrêt de Limoges, 6 août 1888, Sirey, 90, II, 219 ; Dalloz, 89, II, 149, et *Pandectes françaises*, 89, II, 202.

[2] Cassation, 22 août 1836, Sirey, 36, I, 625. — Persil, *Régime hypothécaire*, I, article 2104, n° 1 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 94 *ter* ; Aubry et Rau, III, § 263 *bis*, texte et note 27, p. 183 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 44 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 678.

ce privilège existe-t-il seulement à l'égard du Trésor, ou au contraire à l'égard de tous les créanciers chirographaires du condamné ?

D'après une opinion, le privilège n'existe que contre le Trésor, mais la créance pour frais de défense du condamné n'est qu'une créance chirographaire comme les autres, par rapport aux autres créances chirographaires, et voici en conséquence comment le prix des biens meubles sera distribué. Le créancier pour frais de défense sera payé avant le Trésor public, mais le Trésor devra ensuite déduire de sa créance privilégiée le montant de la somme ainsi prélevée pour frais de défense, et concourir pour cette somme avec les créanciers chirographaires.

On indique, comme motif de cette théorie, que le privilège établi pour frais de défense n'est créé que par la loi de 1807, et que cette loi ne l'établit qu'à l'encontre du Trésor public. Les autres créanciers chirographaires ne peuvent donc souffrir d'un prélèvement qui ne peut s'opérer que vis-à-vis du Trésor, et ils en souffriraient si, après ce prélèvement, le Trésor pouvait réclamer un privilège pour l'intégralité de sa créance, sans déduction des frais de défense.[1]

599. — L'opinion contraire, qui admet l'existence du privilège pour frais de défense à l'encontre non seulement du Trésor public, mais de tous les créanciers chirographaires du condamné, nous semble préférable.

La loi du 5 septembre 1807 fait deux choses : elle organise un privilège au profit du Trésor public pour le recouvrement des frais de justice criminelle, voulant que, pour ces frais qui sont faits dans un intérêt social, le Trésor l'emporte sur tous les créanciers chirographaires du condamné ; puis, à raison de l'intérêt supérieur qui s'attache à la défense de l'inculpé, elle décide que les frais faits dans l'inté-

[1] Tribunal d'Albi, 8 juin 1854, Dalloz, 55, III, 6 ; Rennes, 13 août 1878, Sirey, 80, II, 130, et Dalloz, 79, II, 75. — Merlin, Répert., V° *Privilèges*, § II, n° 7 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 36.

rêt de cette défense seront payés avant les sommes dues au Trésor. En faisant cela, la loi n'a pas entendu diminuer les droits du Trésor par rapport aux autres créanciers du condamné, ni réduire à la qualité de créance chirographaire une créance qui doit être privilégiée dans son intégralité.

Les frais de défense, qui l'emportent sur la créance du Trésor, l'emportent à plus forte raison sur les créances chirographaires que prime le Trésor. C'est l'application de l'adage, *si vinco vincentem te, à fortiori te vincam*, et il faut rejeter toute déduction de la créance privilégiée du Trésor, qui, après le paiement des frais de défense et des créances des articles 2101 et 2102, sera colloquée par privilège dans son intégralité.[1]

600. — Le privilège est créé au profit du Trésor pour « le remboursement *des frais* dont la condamnation est pro- « noncée à son profit en matière criminelle, correctionnelle « et de police ».

Le privilège s'étendra donc aux frais de toute nature faits contre l'inculpé, par exemple aux frais d'extradition,[2] mais il ne comprendra que les frais, et ne pourra être exercé pour le recouvrement des amendes, bien qu'elles soient encaissées par le Trésor public comme les frais. En effet l'amende est une peine, tandis que les frais sont les dépenses faites pour arriver à la poursuite et à la condamnation de l'inculpé, et on ne peut les assimiler. Le Trésor public n'aura donc, pour assurer le recouvrement des amendes, que l'hypothè-

[1] Tribunal d'Albi, 8 décembre 1853, Dalloz, 55, III, 6 ; Cour de cassation de Belgique, 16 juillet 1885, Sirey, 87, IV, 4, et Dalloz, 87, II, 179 ; Cassation, 18 mai 1887, et *Rapport* de M. Greffier, Sirey, 87, I, 254 ; Dalloz, 87, I, 349 ; et *Pandectes françaises*, 87, I, 167. — Duranton, XIX, n° 239 ; Pardessus, *Droit commercial*, IV, n° 1197 ; Mourlon, *Exam. crit. du comment. de M. Troplong*, I, n° 51 ; Valette, *Des Privilèges et Hypothèques*, n° 39 ; Aubry et Rau, III, § 263 *bis*, texte et note 26, p. 183 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 46 ; Laurent, XXX, n° 150 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 680.

[2] Metz, 28 février 1856, Sirey, 56, II, 321.

que judiciaire de l'article 2123, qui, comme nous le verrons, garantit le paiement de toute créance pour laquelle une condamnation est prononcée en justice.[1]

601. — Par exception au principe que le Trésor a un privilège pour le recouvrement des frais en matière pénale, les frais de poursuite pour banqueroute simple ou frauduleuse ne donneront lieu à aucun privilège, au moins contre la masse, d'après la disposition formelle des articles 587 et 592. Cette exception s'explique par la nature de l'infraction : c'est contre la masse qu'elle a été préparée, c'est à elle qu'elle va causer préjudice en la réduisant à un dividende, et il serait dur de faire encore prélever sur ce dividende les frais qui peuvent être dus pour la déclaration de la banqueroute.

Si la poursuite est dirigée contre le débiteur commerçant à la fois pour banqueroute et pour un autre délit, ou pour un crime antérieurs à la déclaration de faillite, il sera fait une ventilation des frais, et ceux afférents au crime ou au délit de droit commun seront privilégiés contre la masse, par application du principe général de la loi de 1807.[2]

602. — En outre du privilège général sur les meubles dont nous venons de parler, et pour le cas où ce privilège ne suffirait pas à rembourser au Trésor les frais auxquels l'inculpé a été condamné, un second privilège lui est accordé, avons-nous dit, sur tous les immeubles du condamné.

Ce privilège n'existe, d'après l'article 3 de la loi de 1807, qu'à la charge de l'inscription dans les deux mois à partir du jour du jugement de condamnation, passé lequel délai le privilège ne vaudra plus que comme hypothèque, conformément à l'article 2113 du Code civil. Ajoutons que cette

[1] Grenier, *Des Hypothèques,* II, n° 416 ; Duranton, XIX, n° 236 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 95 *ter* ; Aubry et Rau, III, § 263 *bis,* texte et note 29, p. 184 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 45.

[2] Metz, 28 février 1856, Sirey, 56, II, 321, et Dalloz, 57, II, 49 ; Besançon, 30 août 1856, Sirey, 56, II, 698, et Dalloz, 57, II, 51 ; Cassation, 11 août 1857, Sirey, 57, I, 751, et Dalloz, 57, I, 342. — Aubry et Rau, III, § 263 *bis,* texte et note 30, p. 184.

obligation pour le Trésor de prendre inscription existe dans tous les cas, même au cas de faillite du condamné.[1]

Ajoutons, avec MM. Aubry et Rau,[2] que cette inscription doit être prise avant la transcription des actes d'aliénation qui auraient été faits par le condamné. Cette solution, imposée par la loi du 23 mars 1855, laisse toutefois subsister une question, que nous examinerons dans la troisième partie de ce *Traité*, lorsque nous nous occuperons *De l'effet des privilèges et hypothèques :* l'inscription prise au nom du Trésor public après la transcription de l'acte d'aliénation, qui ne peut plus conserver au Trésor le droit de suite, ne peut-elle pas au moins lui conserver le droit de préférence ?

603. — Le privilège du Trésor public sur les immeubles ne s'exerce, suivant l'article 4 de la loi de 1807, qu'après les privilèges ou hypothèques que voici : les privilèges de l'article 2101, lorsqu'ils viennent sur les immeubles, les privilèges spéciaux de l'article 2103, les hypothèques légales dispensées d'inscription, lorsqu'elles sont antérieures au mandat d'arrêt ou au jugement de condamnation, les autres hypothèques, lorsqu'elles sont inscrites avant le mandat d'arrêt ou le jugement, et enfin les sommes dues pour la défense personnelle du condamné.

604. — On s'est demandé s'il ne fallait pas assimiler au mandat d'arrêt, expressément visé par l'article 4 de la loi du 5 septembre 1807, le mandat de dépôt, que le nouvel article 94 du Code d'instruction criminelle, modifié par les lois des 4 avril 1855 et 14 juillet 1865, autorise le juge d'instruction à décerner ?

Cette opinion a été admise par un arrêt de la Cour de Poitiers[3] et par M. Pont :[4] dans ce système, l'inscription du Trésor ne produira ses effets que si elle est prise avant le mandat

[1] *Arrêts précités* de Metz, 28 février 1856, et Besançon, 30 avril 1856.

[2] III, § 263 *bis*, texte et note 31, p. 184-185.

[3] Poitiers, 9 janvier 1849, Sirey, 52, I, 529.

[4] *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 47.

de dépôt. Ce mandat, qui n'existait pas en 1807, devra produire les mêmes effets que le mandat d'arrêt, avec lequel il tend à se confondre, surtout depuis les modifications apportées à l'ancien article 94 du Code d'instruction criminelle.

Cette opinion est généralement repoussée, et avec raison selon nous. Sans examiner dans quelle mesure le mandat de dépôt se rapproche du mandat d'arrêt, voici comment nous justifierons le système auquel nous nous rallions : d'après l'article 4 de la loi du 5 septembre 1807, le privilège établi au profit du Trésor produira tous ses effets à la seule condition qu'inscription soit prise antérieurement au mandat d'arrêt, le seul connu en 1807. L'inscription est prise antérieurement à cette date, cela suffit pour assurer l'efficacité du privilège, et la création ultérieure d'une nouvelle espèce de mandat, qui est autre chose qu'une sorte de mandat d'arrêt, ne peut influer sur la validité d'un privilège inscrit conformément aux termes de la loi qui l'organise.[1]

[1] Nancy, 8 avril 1865, Sirey, 65, II, 92 ; Cassation, 7 janvier 1868, Sirey, 68, I, 63, et Dalloz, 68, I, 51 ; Cassation, 13 janvier 1874, Sirey, 74, I, 111, et Dalloz, 74, I, 169. — Faustin Hélie, *Instruct. crimin.*, V, § 381, p. 781 ; Aubry et Rau, III, § 263 *bis*, texte et note 28, p. 183-184.

SECTION II

De quelques privilèges particuliers créés pour des raisons d'intérêt général.

605. — Nous examinerons dans cette section les huit privilèges suivants :

§ I. — *Du privilège de second ordre sur le cautionnement des fonctionnaires publics.*

§ II. — *Du privilège des ouvriers et fournisseurs pour travaux de l'Etat et autres travaux publics, et des propriétaires de terrains occupés ou fouillés pour des travaux publics.*

§ III. — *Du privilège des sous-traitants pour fournitures faites au service de la guerre ou de la marine.*

§ IV. — *Du privilège de l'Etat ou des concessionnaires pour desséchement de marais.*

§ V. — *Du privilège du bailleur de fonds pour l'établissement d'une mine.*

§ VI. — *Du privilège en matière de drainage.*

§ VII. — *Du privilège du Crédit foncier.*

§ VIII. — *Du privilège pour droits de magasinage dans les magasins généraux.*

§ I

Du privilège de second ordre sur le cautionnement des fonctionnaires publics.

606. — On trouve dans notre ancien droit un privilège présentant des analogies avec le privilège dont nous avons à nous occuper ; celui qui prêtait de l'argent pour payer la finance d'une charge avait un privilège sur cette finance :

« Il est certain, disait M. Regnaud de Saint-Jean d'Angély « au Conseil d'Etat, qu'autrefois le tiers bailleur de fonds « avait privilège sur la finance de la charge. »[1]

Lors de la discussion de l'article 2102 au Conseil d'Etat, un membre proposa de donner à celui qui avait prêté des fonds pour fournir le cautionnement d'un fonctionnaire un privilège qui viendrait après celui créé par l'article 2102, n° 7, sur le cautionnement au profit des créanciers pour abus et prévarication. Cette proposition fut rejetée, surtout parce qu'une telle disposition gênerait les opérations de la caisse d'amortissement, pour laquelle il n'y avait pas de bureau d'opposition.[2]

Mais le projet fut repris lors de la préparation de la loi du 25 Nivôse an XIII, relative au remboursement des cautionnements des officiers ministériels, greffiers, agents de change et courtiers. L'article 1er de cette loi, après avoir rappelé la disposition de l'article 2102, n° 7, et indiqué que les cautionnements sont affectés par premier privilège à la garantie des condamnations qui pourraient être prononcées contre ces fonctionnaires par suite de l'exercice de leurs fonctions, ajoute : «... par second privilège, au rembour- « sement des fonds qui leur auraient été prêtés pour tout « ou partie de leur cautionnement. »

Ce privilège est fondé, comme le privilège du vendeur,

[1] Séance du 19 Pluviôse an XII, Fenet, XV, p. 355.
[2] Fenet, XV, p. 355.

sur le fait que c'est le bailleur de fonds qui a mis cette somme dans le patrimoine du titulaire. Il l'y a mise pour désintéresser les créanciers pour frais de charge, mais, lorsque ceux-ci sont désintéressés, il est juste que le bailleur de fonds passe avant les autres créanciers :

« Ce n'est, disait M. Mollien, en présentant le projet de « loi de l'an XIII, qu'à la garantie de la gestion de leur dé- « biteur qu'ils affectent leur propriété ; ce n'est que de la « moralité de cette gestion qu'ils veulent répondre. »

Cette loi, complétée par celle du 6 Ventôse an XIII, par les décrets des 28 août 1808 et 22 décembre 1812, et par l'ordonnance du 8 mai 1816, est encore aujourd'hui en vigueur : et l'on voit pourquoi le privilège qu'elle crée est appelé *de second ordre,* c'est parce qu'il vient après le privilège des créanciers pour frais de charge de l'article 2102, n° 7.[1]

Ce privilège est organisé comme il l'est dans notre législation française par le Code civil de la principauté de Monaco, article 1939, et par le Code civil du Japon, Livre *De la garantie des créances*, article 162.

La suppression de ce privilège, qui a été critiqué comme affaiblissant la garantie personnelle des titulaires d'offices ou de charges, avait été proposée en 1840 et en 1842, lors de la discussion des lois de budget ; mais il fut maintenu à raison des facilités qu'il donne aux titulaires pour se procurer le cautionnement qui leur est nécessaire.

607. — Le privilège de second ordre de la loi du 25 Nivôse an XIII n'est donné, suivant les expressions de l'article 1er de cette loi, qu'aux créanciers qui ont « prêté des fonds « pour tout ou partie du cautionnement ». Si le titulaire de la charge a fourni son cautionnement de ses propres deniers, il ne pourra ensuite conférer à aucun de ses créanciers le privilège de second ordre de la loi de l'an XIII : ce n'est pas en effet la convention, mais la loi seule qui peut créer des privilèges.[2]

[1] *Suprà,* Tome I, nos 442-448.

[2] Paris, 11 juin 1836, Sirey, 36, II, 395 ; Cassation, 30 mai 1838,

De même si, après avoir fourni son cautionnement avec des deniers d'emprunt, le titulaire remboursait le prêteur avec son argent personnel, il ne pourrait transmettre à nul de ses créanciers le privilège qui a existé au profit du prêteur originaire, mais qui s'est éteint lors du paiement de la créance de celui-ci.[1]

608. — Il résulte du décret du 22 décembre 1812 que deux conditions sont requises pour que le créancier, qui a fourni les fonds du cautionnement, ait un privilège de second ordre : une déclaration notariée de l'origine des fonds par le titulaire, et l'inscription du privilège au Trésor.

Il faut d'abord, disons-nous, une déclaration notariée, faite par le titulaire, de l'origine des fonds qui ont servi à fournir le cautionnement. C'est la disposition de l'article 1er du décret de 1812.

Cette déclaration notariée est essentielle pour l'acquisition du privilège, et il ne peut y être suppléé par aucune preuve sur l'origine des deniers, car il n'est pas loisible aux parties de remplacer par des équivalents les conditions de forme exigées par la loi pour l'acquisition d'un privilège.[2]

Mais la loi n'exige pas, et il n'est pas nécessaire par suite, que cette déclaration d'origine des deniers soit faite avant leur versement au Trésor, du moment où la sincérité n'en est pas critiquée, et le privilège n'en existera pas moins, bien que la déclaration soit postérieure à ce versement.[3]

Sirey, 38, I, 753 ; Paris, 19 décembre 1852, Sirey, 52, II, 622, et Dalloz, 53, II, 17 ; Pau, 29 juin 1893, Sirey, 93, II, 123.

[1] Paris, 4 mai 1834, Sirey, 34, II, 209 ; Bourges, 8 mai 1844, Sirey, 45, II, 491, et Dalloz, 45, II, 155. — Aubry et Rau, III, § 263 *bis*, texte et note 67, p. 193.

[2] Cassation, 4 décembre 1848, Sirey, 49, I, 5, et Dalloz, 48, I, 227 ; Rouen, 13 janvier 1855, Dalloz, 55, II, 99 ; Besançon, 21 avril 1886, Sirey, 87, II, 102, et Dalloz, 86, II, 268.

[3] Cassation, 18 avril 1855, Sirey, 55, I, 813, et Dalloz, 55, I, 164 ; Bordeaux, 21 juillet 1862, Sirey, 63, II, 20. — Aubry et Rau, III, § 263 *bis*, texte et note 68, p. 194 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 174.

Cette déclaration est qualifiée *de déclaration de propriété;* mais ces expressions ne signifient qu'une chose, que la personne qui réclame le privilège était propriétaire des fonds ayant servi au cautionnement, et elles n'ont pas pour résultat de lui en conserver la propriété. Elle a prêté ses fonds au titulaire pour que celui-ci puisse donner le cautionnement exigé par la loi, il en est devenu propriétaire comme tout emprunteur devient, dans le prêt de consommation, propriétaire des espèces qui lui sont prêtées. Aussi l'article 1er de la loi du 25 Nivôse an XIII qualifie-t-il exactement le droit qu'il accorde au prêteur de « second privi- « lège » ; il en résulte que tout créancier, même chirographaire, du titulaire pourra provoquer la distribution par contribution des fonds du cautionnement, sauf à celui qui les a prêtés à se faire colloquer sur eux par privilège, immédiatement après les créanciers pour faits de charge.[1]

609. — La seconde condition exigée par l'article 2 du décret du 22 décembre 1812 pour l'exercice du privilège du bailleur de fonds, c'est l'inscription de ce privilège au Trésor : c'est seulement à partir de la date de cette inscription que le privilège est opposable aux tiers.

De ce principe, formellement écrit dans le décret de 1812, découlent les conséquences suivantes.

En premier lieu, si un créancier du titulaire fait opposition sur le cautionnement avant l'inscription du privilège du bailleur de fonds, il sera préféré à celui-ci.[2]

En second lieu, si l'inscription n'est prise par le bailleur de fonds qu'après la déclaration de faillite du titulaire, elle sera tardive et inopposable à la masse, conformément à la règle de l'article 448 du Code de commerce, qui ne permet

[1] Cassation, 17 juillet 1849, Sirey, 50, I, 529. — Aubry et Rau, III, § 263 *bis,* texte et note 69, p. 194. — *Contrà,* Rouen, 15 avril 1806, Sirey, C. N., II, II, 132 ; Paris, 24 avril 1834, Sirey, 34, II, 218.

[2] Cassation, 19 juillet 1842, Sirey, 42, I, 584. — Aubry et Rau, III, § 263 *bis,* texte et note 70, p. 194.

l'inscription des droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis que jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite.[1]

Ajoutons, avec MM. Aubry et Rau,[2] et un arrêt de la Cour de cassation,[3] que, bien que le privilège de second ordre ne soit accordé textuellement que sur le cautionnement des officiers ministériels et des fonctionnaires publics énumérés dans les lois et décrets que nous avons cités, il paraît conforme à l'esprit de ces lois de l'étendre au cautionnement des fournisseurs et entrepreneurs de l'Etat. Bien qu'il s'agisse de privilèges, c'est-à-dire d'une matière où l'interprétation restrictive s'impose, il nous paraît juridique de dire que, pour ces cautionnements comme pour celui des fonctionnaires, le bailleur de fonds n'a entendu s'en dessaisir qu'au profit des créanciers pour faits de charge, et qu'il a voulu conserver ensuite, sinon un droit de propriété, au moins un privilège sur le surplus.

§ II

Du privilège des ouvriers et fournisseurs pour travaux de l'Etat et autres travaux publics, et des propriétaires de terrains occupés ou fouillés pour des travaux publics.

610. — La législation a subi en cette matière une modification dans ces dernières années, et le décret du 26 Pluviôse an II, qui organisait ce privilège, a été complété et modifié par la loi du 25 juillet 1891.

Voici quelle est l'économie du décret du 26 Pluviôse an II. Ce décret décide, dans les articles 1 et 2, que les créanciers des entrepreneurs de travaux pour le compte de l'Etat ne pourront pas pratiquer de saisies-arrêts ou oppositions sur

[1] Cassation, 4 décembre 1848, Sirey, 49, I, 5, et Dalloz, 48, I, 227. — Aubry et Rau, *Op. et Loc. citat.*, note 71.

[2] *Op. et Loc. citat.*, note 72.

[3] *Arrêt précité* du 4 décembre 1848.

les fonds destinés à ces entrepreneurs, et ce jusqu'à la réception des travaux. L'article 3 excepte de cette prohibition « les créances provenant du salaire des ouvriers employés « par lesdits entrepreneurs, et les sommes dues pour four- « nitures de matériaux et autres objets servant à la cons- « truction des ouvrages. » Enfin l'article 4 autorise les saisies-arrêts après la réception des travaux sur ce qui resterait dû à cette époque, et lorsque les sommes dues aux ouvriers et fournisseurs de matériaux auront été acquittées.

De l'ensemble de ces dispositions résulte à n'en pas douter, à notre avis, l'existence d'un privilège au profit des ouvriers et des fournisseurs de matériaux ; ce point, que nous avons essayé de démontrer dans notre *Traité du Louage,*[1] est généralement admis, et il a été formellement reconnu dans le *Rapport au Sénat* de la loi du 25 juillet 1891 : « Il est « certain, dit ce Rapport, qu'en accordant aux ouvriers et « aux fournisseurs de matériaux, à l'exclusion des autres « créanciers des entrepreneurs, le droit de former des sai- « sies-arrêts ou des oppositions sur les fonds de l'entre- « prise, le décret de Pluviôse a organisé à leur profit, sous « une autre forme, un véritable privilège. »

Ce privilège diffère beaucoup, dans le système que nous avons adopté,[2] de l'action directe donnée aux ouvriers par l'article 1798 du Code civil. Cette action ne leur donne de droits que sur ce qui reste dû à l'entrepreneur au moment où elle est intentée, tandis que le décret de Pluviôse, en donnant aux ouvriers et fournisseurs un droit exclusif sur les sommes dues jusqu'à la réception des travaux, leur permet d'exercer ce droit sans tenir compte des cessions faites par l'entrepreneur à leur préjudice.

Le motif de ce privilège réside dans la faveur dont les auteurs du décret de Pluviôse ont voulu entourer les travaux faits pour le compte de l'Etat : pour en assurer la bonne exécution, ils ont pensé que le meilleur moyen était de don-

[1] II, n° 897.

[2] *Voir* notre *Traité du Louage, Op. et Loc. citat.*

ner aux ouvriers et fournisseurs la certitude d'être payés, quel que pût être le mauvais vouloir ou le peu de solvabilité de l'entrepreneur avec lequel ils ont traité.

611. — Le privilège du décret de Pluviôse est donné contre tous les « entrepreneurs *de travaux pour le compte* « *de l'Etat* », sans que l'on ait à examiner de quels travaux il s'agit, ni sur quelle catégorie de biens ils ont lieu, meubles ou immeubles. C'est ainsi que l'on a reconnu avec raison l'existence de ce privilège au cas d'entreprise, pour le compte de l'Etat, d'une œuvre d'art mobilière, de statues pour la décoration d'un pont.[1]

Mais, dans le système du décret de Pluviôse, le privilège devait être strictement limité aux travaux faits « pour le « compte de l'Etat », et la jurisprudence, d'accord en cela avec la doctrine, avait à bon droit refusé tout privilège aux ouvriers et fournisseurs des entrepreneurs de travaux faits pour le compte de particuliers,[2] aux entrepreneurs de travaux des communes,[3] des départements,[4] et des compagnies de chemin de fer.[5]

Les travaux d'établissement ou d'entretien des chemins vicinaux de grande communication avaient été, avec raison,

[1] Cassation, 20 août 1862, Sirey, 63, I, 386, et Dalloz, 63, I, 141.

[2] Paris, 17 août 1863, Dalloz, 63, II, 150.

[3] Cassation, 12 décembre 1831, Sirey, 32, I, 275 ; Lyon, 21 janvier 1846, Sirey, 46, II, 262, et Dalloz, 46, II, 157 ; Cassation, 18 janvier 1854, Sirey, 54, I, 441, et Dalloz, 54, I, 121 ; Poitiers, 9 mars 1859, Sirey, 59, II, 284 ; Cassation, 12 août 1862, Dalloz, 62, I, 349 ; Grenoble, 7 février 1868, Sirey, 68, II, 81 ; Chambéry, 18 janvier 1887, Sirey, 87, II, 197. — Aubry et Rau, III, § 263 *bis*, texte et note 76, p. 195 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 56.

[4] Bordeaux, 30 novembre 1858, Sirey, 59, II, 317 ; Cassation, 9 août 1859, Sirey, 60, I, 558, et Dalloz, 59, I, 454. — Aubry et Rau, *Op. et Loc. citat.*, note 77. — *Contrà*, Angers, 31 mars 1852, Sirey, 52, II, 219, et Dalloz, 53, II, 22. — Pont, *Op. et Loc. citat.*

[5] Poitiers, 9 mars 1859, Sirey, 59, II, 284, et Dalloz, 59, II, 105; Cassation, 16 juillet 1860, Sirey, 60, I, 896, et Dalloz, 60, I, 387.

assimilés aux travaux faits pour les communes, et le privilège refusé aux ouvriers et fournisseurs.[1]

Une seule exception devait être faite en matière de travaux départementaux ou communaux, dans l'hypothèse où l'Etat contribuait à ces travaux pour une part aliquote : ils devenaient alors des travaux de l'Etat pour partie, et le texte comme l'esprit du décret de Pluviôse rendaient le privilège applicable.[2]

Mais on ne pouvait assimiler à une contribution proportionnelle de l'Etat la subvention par lui fournie pour un travail départemental ou communal,[3] ou la garantie qu'il aurait donnée d'un minimun d'intérêt, à concurrence d'une certaine somme, pour des travaux de chemin de fer.[4] Dans ces divers cas le travail effectué reste un travail du département, de la commune ou de la compagnie de chemin de fer, et l'origine des fonds avec lesquels ce travail est payé ou garanti n'en change pas le caractère.

612. — Le privilège donné par le décret de Pluviôse pour « les créances provenant du salaire des *ouvriers* » doit être étendu aux *sous-traitants*, qui justifient être créanciers de l'entreprise à raison des travaux qu'ils ont exécutés pour le compte de celle-ci.

Nous avons rencontré la même question à propos de l'action directe donnée aux ouvriers par l'article 1798 du Code civil, et nous l'avons résolue dans un sens inverse et refusé l'action directe aux sous-entrepreneurs,[5] mais voici les raisons qui nous déterminent à adopter ici une solution différente.

L'article 1798 limite aux ouvriers l'action directe qu'il

[1] Cassation, 20 juin 1859, Sirey, 60, II, 51, et Dalloz, 60, II, 32.

[2] Paris, 27 août 1853, Sirey, 53, II, 647, et Dalloz, 54, II, 104 ; Paris, 30 juillet 1857, Sirey, 58, II, 200, et Dalloz, 57, II, 181 ; Cassation, 30 août 1862, Sirey, 63, II, 286.

[3] Cassation, 12 août 1862, Sirey, 62, I, 958, et Dalloz, 62, I, 349.

[4] *Arrêts précités* de Poitiers, 9 mars 1859, et Cassation, 17 juillet 1860.

[5] *Voir* notre *Traité du Louage,* II, n° 902.

institue, la refusant aux fournisseurs de matériaux. Le but que ce texte veut atteindre n'est donc pas de faciliter l'entreprise et d'assurer la bonne exécution des travaux : son but est exclusivement un but d'humanité, il veut venir en aide à une classe très intéressante de créanciers, les ouvriers, favorables tant à raison de la modicité de leur créance que du caractère alimentaire qu'elle revêt. La créance du sous-entrepreneur est à la fois d'une importance plus grande et d'un caractère différent, et il est impossible, à notre avis du moins, de les assimiler.

Tout autre est le privilège du décret de Pluviôse : il a pour but non pas de venir en aide à certains créanciers, mais d'assurer l'exécution des travaux de l'Etat en entourant de garanties le paiement de ceux qui y ont coopéré. Voilà pourquoi le décret de Pluviôse donne un privilège non pas seulement aux ouvriers, mais à ceux qui ont « fourni des « matériaux et autres objets servant à la construction des « ouvrages ». La créance du sous-entrepreneur n'est ni plus importante que la créance du fournisseur de matériaux, ni d'une nature différente, et l'extension du privilège à une créance de ce genre montre qu'il faut donner ici au mot « ouvriers » non le sens étroit de l'article 1798, mais un sens large, comprenant à la fois le sous-entrepreneur et le simple ouvrier.[1]

613. — Le privilège des ouvriers et fournisseurs de matériaux porte, d'après les termes du décret du 26 Pluviôse an II, sur les fonds destinés aux entrepreneurs de travaux pour le compte de l'Etat : il ne s'étend donc pas au cautionnement que les entrepreneurs ont été tenus de fournir à l'Etat au moment de l'adjudication de l'entreprise. D'un côté, le texte ne permet pas cette interprétation, car il ne s'agit pas de sommes dues par l'Etat aux entrepreneurs, mais d'une somme qui est restée la propriété de l'entrepreneur, et qui a été seulement déposée dans la caisse du Trésor comme

[1] Cassation, 25 février 1885, Sirey, 85, I, 493.

garantie de l'exécution des travaux à entreprendre. De plus, le cautionnement ne doit répondre que de l'exécution des engagements de l'entrepreneur vis-à-vis de l'Etat, et non de celle des contrats que l'entrepreneur a passés avec des tiers. En vain objecterait-on qu'il en est autrement, comme nous le dirons nous-même,[1] lorsqu'il s'agit du privilège créé par le décret du 12 décembre 1806 au profit des sous-traitants pour fournitures faites au service de la guerre ou de la marine : les termes du décret de 1806 expliquent cette extension et ne peuvent modifier l'interprétation que nous donnons au décret du 26 Pluviôse an II.[2]

614. — Le privilège du décret de Pluviôse an II étant établi par une loi spéciale n'a point été abrogé par les dispositions générales du Code de commerce sur les privilèges au cas de faillite, et les fournisseurs de matériaux continueront à se prévaloir, dans l'hypothèse de la faillite de l'entrepreneur, du privilège créé à leur profit par le décret de l'an II.[3]

Il s'exerce nonobstant toute cession qui serait faite par l'entrepreneur de sa créance contre l'Etat, même si cette cession était faite par lui au profit d'un créancier privilégié. Il résulte en effet de la combinaison des articles 3 et 4 du décret que les ayants-cause de l'entrepreneur ne peuvent avoir de droits sur les sommes dues pour l'entreprise qu'après le paiement de la créance des ouvriers et fournisseurs.[4]

[1] *Infrà,* Tome II, nos 618-621.

[2] Bordeaux, 21 novembre 1848, Sirey, 49, II, 270 ; Cassation, 31 juillet 1849, Sirey, 49, I, 747, et Dalloz, 49, I, 197 ; Paris, 18 décembre 1885, Sirey, 86, II, 50 ; Cassation, 4 mars 1889, Sirey, 90, I, 75, et Dalloz, 89, I, 426 ; Grenoble, 4 juin 1890, Dalloz, 91, II, 195. — Aubry et Rau, III, § 263 *bis,* texte et note 74, p. 195 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 56 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 728. — *Contrà,* Angers, 20 décembre 1850, Sirey, 51, II, 172, et Dalloz, 52, II, 132 ; Paris, 16 mars 1866, Sirey, 66, II, 318, et Dalloz, 66, II, 176.

[3] Cassation, 21 juillet 1847, Sirey, 48, I, 341.

[4] Paris, 27 août 1853, Sirey, 53, II, 647, et Dalloz, 54, II, 104 ;

Mais si, avant toute opposition de la part de ceux-ci, l'Etat s'était acquitté en totalité ou en partie aux mains de l'entrepreneur, ce paiement serait libératoire, et les ouvriers et fournisseurs ne pourraient exercer de répétition contre l'Etat. Cette solution est imposée par les termes du décret de Pluviôse, qui n'accorde de privilège que sur « les fonds « déposés » et « les sommes dues », excluant ainsi toute action au cas de paiement par l'Etat : d'ailleurs les ouvriers et fournisseurs ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes et à leur négligence de la perte du privilège, qu'il leur était si facile de conserver en faisant une opposition avant l'époque fixée pour le paiement de l'entreprise.[1]

614 I. — Le privilège des fournisseurs doit-il être accordé à ceux qui ont fourni des bois pour les échafaudages de constructions entreprises pour le compte de l'Etat ?

Bien que la question soit discutée, nous croyons qu'il faut répondre par l'affirmative : les échafaudages sont « des ob« jets servant à la construction des ouvrages », aussi indispensables que les matériaux mêmes employés à la construction, et nous ne comprendrions pas que l'on fît une exception pour ces objets.[2]

615. — Le décret de Pluviôse an II était depuis longtemps l'objet de critiques, et l'on regrettait à bon droit qu'il réservât aux seuls travaux entrepris pour le compte de l'Etat un privilège qui devait au moins s'étendre à tous les travaux publics ; nous croyons même qu'il faudrait aller plus loin, et, pour tous les travaux, substituer au pro-

Cassation, 21 mars 1855, Sirey, 56, I, 735, et Dalloz, 56, I, 117 ; Rouen, 19 mai 1866, Sirey, 67, II, 148 ; Cassation, 22 janvier 1868, Sirey, 68, I, 177 ; Cassation, 9 juin 1880, Sirey, 80, I, 369 ; Dalloz, 80, I, 305 ; et *France judiciaire,* 80, II, 134 ; Cassation, 25 février 1885, Sirey, 85, I, 493, et Dalloz, 85, I, 281.

[1] Cassation, 23 janvier 1888, Sirey, 88, I, 118, et Dalloz, 88, I, 410.

[2] Rouen, 23 mars 1867, *Recueil des Arrêts de Rouen,* 67, 153 ; Rouen, 24 mars 1872, Sirey, 73, II, 137. — *Contrà,* Dijon, 25 avril 1846, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., V° *Travaux publics,* n° 651.

fit des ouvriers à l'action directe de l'article 1798 un véritable privilège sur les sommes dues pour l'entreprise.

La loi du 25 juillet 1891 a du moins fait disparaître la différence inexplicable qui régnait entre les travaux de l'Etat et les autres travaux publics. L'article unique de cette loi est ainsi conçu :

« Les dispositions du décret des 26 Pluviôse-28 Ventôse « an II sont étendues à tous les travaux ayant le caractère « de travaux publics. En conséquence, les sommes dues « aux entrepreneurs de ces travaux ne pourront être frap- « pées de saisie-arrêt, ni d'opposition au préjudice soit des « ouvriers auxquels des salaires sont dus, soit des four- « nisseurs qui sont créanciers à raison de fournitures de « matériaux et d'autres objets servant à la construction des « ouvrages. Les sommes dues aux ouvriers pour salaires se- « ront payées de préférence à celles dues aux fournisseurs. »

Comme on le voit, la loi du 25 juillet 1891 est rédigée dans des termes analogues à ceux du décret de Pluviôse an II, et, pas plus que le décret, elle n'emploie l'expression de privilège ; mais les travaux préparatoires de cette loi, et notamment le passage que nous avons cité plus haut[1] du *Rapport au Sénat*, montrent que les législateurs de 1891 ont entendu réglementer à nouveau un véritable privilège, qui résultait d'ailleurs, sinon des termes, au moins de l'esprit des dispositions du décret du 26 Pluviôse an II.

616. — La loi du 25 juillet 1891 contient deux innovations.

La première, celle qui est le but principal de la loi, c'est l'assimilation de « tous les travaux ayant le caractère de « travaux publics » aux travaux entrepris pour le compte de l'Etat, et l'extension du privilège à tous ces travaux.

Le projet primitif de la loi ne parlait que des travaux des départements, des communes, des établissements publics et des compagnies subventionnées par l'une de ces personnes

[1] *Suprà*, Tome II, n° 610.

morales ; mais la Commission du Sénat a modifié ce projet et adopté le texte général que nous venons de reproduire, entendant ainsi donner aux mots « travaux publics » le sens large qu'ils reçoivent dans la jurisprudence administrative. On devra donc accorder le privilège aux ouvriers et fournisseurs pour travaux entrepris pour desséchement de marais, assainissement de landes, travaux des associations syndicales non libres, travaux de drainage entrepris par des associations en vertu de la loi du 10 juin 1854, travaux des chambres de commerce ou de navigation, travaux exécutés avec autorisation de l'Etat par les Compagnies de chemin de fer, travaux déclarés d'utilité publique, etc...

La seconde innovation de la loi de 1891 fait passer le privilège des ouvriers avant celui des fournisseurs : « Les « sommes dues aux ouvriers pour salaires seront payées *de* « *préférence* à celles dues aux fournisseurs. » Cette innovation, proposée par M. le député Royer, se justifie par un double motif : la créance des ouvriers est généralement moins importante, et en outre elle a un caractère alimentaire, pour l'ouvrier et les siens, qui la rend particulièrement digne d'intérêt.

617. — Une loi du 19 décembre 1892, relative aux dommages causés à la propriété privée par l'exécution des travaux publics, a créé un nouveau privilège en matière de travaux publics, et dans cette loi la chose n'y est pas seulement, comme dans le décret du 26 Pluviôse an II et la loi du 25 juillet 1891, mais le mot même de « privilège » est employé par le législateur. L'article 18 de cette loi est ainsi conçu :

« Les propriétaires des terrains occupés ou fouillés et les « autres ayants-droit ont, pour le recouvrement des indem- « nités qui leur sont dues, privilège et préférence à tous « les créanciers sur les fonds déposés dans les caisses pu- « bliques pour être délivrés aux entrepreneurs ou autres « personnes auxquelles l'Administration a délégué des « droits, dans les conditions de la loi du 15 juillet 1891. En « cas d'insolvabilité de ces personnes, ils ont un recours

« subsidiaire contre l'Administration, qui doit les indemni-
« ser intégralement. »

Ce privilège se justifie facilement : d'après le principe écrit dans l'article 545 du Code civil, nul ne devrait être dépossédé de sa propriété ni d'aucuns des attributs de celle-ci sans une indemnité préalable. Si, dans l'intérêt de travaux publics importants, la loi a apporté des exceptions à ce principe, au moins faut-il qu'elle assure aussi bien que possible le paiement de cette indemnité qui ne sera plus préalable. C'est ce que fait la loi du 29 décembre 1892, en créant un privilège au profit des propriétaires et autres ayants-droit, puis en leur accordant un recours subsidiaire contre l'Administration.

§ III

Du privilège des sous-traitants pour fournitures faites au service de la guerre ou de la marine.

618. — Un décret du 12 décembre 1806, dit *décret de Posen*, complétant les dispositions du décret du 13 juin 1806 sur les entreprises de fournitures faites aux services de la guerre ou de la marine, accorde un privilège aux sous-traitants qui ont fait des fournitures aux entrepreneurs principaux de l'un ou de l'autre de ces services.

La date de ce décret et le lieu où il a été promulgué indiquent suffisamment à quelle préoccupation il est dû, la préoccupation d'assurer les services si importants pour l'Etat à toutes les époques, mais surtout aux époques des grandes guerres du commencement du siècle, des administrations de la guerre et de la marine : voilà pourquoi, dans le but de rassurer les sous-traitants sur les conséquences des marchés qu'ils passent, le décret de 1806 leur accorde un privilège.

619. — Ce privilège n'est accordé par le décret qu'aux sous-traitants pour fournitures faites à la guerre et à la marine, et, comme nous sommes en matière de privilèges, où

l'interprétation restrictive s'impose, il ne peut être donné à d'autres personnes.

Il suit de là qu'il ne peut être réclamé par ceux qui, sans avoir eux-mêmes passé de sous-traités, ont fait des livraisons pour le compte d'un sous-traitant,[1] ou qui ont, en qualité de vendeurs, livré à l'entrepreneur principal les marchandises faisant l'objet de son entreprise.[2]

Par la même raison, le privilège du décret de 1806, avec l'extension qu'il comporte et que nous indiquerons bientôt, ne sera pas donné s'il s'agit, non de fournitures faites, mais de travaux exécutés pour le service de la guerre. Le décret de Posen n'a d'autre but, comme nous l'avons dit, que d'assurer la livraison des fournitures nécessaires aux administrations de la guerre ou de la marine, et, s'il ne s'agit que de travaux exécutés pour ces administrations, les sous-traitants n'auront que le privilège que nous leur avons reconnu en matière de travaux publics,[3] par application du décret du 26 Pluviôse an II, et dans les limites fixées par ce décret.[4]

Enfin ce privilège ne devra être accordé que pour fournitures faites aux administrations de la guerre ou de la marine, et non pour celles faites à d'autres administrations publiques.[5]

620. — Il importe peu, du moment où la fourniture a été faite pour l'une des deux administrations de la guerre ou de la marine, qu'elle l'ait été pour un établissement militaire à la charge de l'une de ces administrations, ou pour la portion active des troupes qui en dépendent : dans un

[1] Metz, 2 juillet 1817, Sirey, C. N., V, II, 302 ; Cassation, 3 janvier 1822, Sirey, C. N., VII, I, 3. — Aubry et Rau, III, § 263 *bis*, texte et note 88, p. 197 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 57 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 732.

[2] Orléans, 17 mai 1881, Dalloz, 82, II, 55.

[3] *Suprà*, Tome II, n° 612.

[4] Cassation, 4 mars 1889, Sirey, 90, I, 75.

[5] Cassation, 18 mai 1831, Sirey, 31, I, 221.

cas comme dans l'autre, il s'agit de fournitures faites « pour « la guerre ou pour la marine », et cela suffit pour que le décret de 1806 soit applicable. C'est ainsi que l'on a jugé avec raison que le sous-traitant pour fournitures faites à l'établissement des Invalides jouissait de ce privilège.[1]

Ajoutons que ce privilège n'est pas subordonné à la remise par le sous-traitant des pièces justificatives de son compte aux mains de l'intendant militaire. Cette remise, indiquée par l'article 1er du décret du 13 juin 1806, n'est faite que dans l'intérêt du sous-traitant, pour lequel elle est facultative, et elle n'est nullement nécessaire pour la conservation de son privilège.[2]

621. — Le privilège institué par le décret du 12 décembre 1806 frappe sur toutes les sommes dues par l'Etat aux entrepreneurs principaux contre lesquels il est réclamé, bien loin d'être restreint à celles dues à raison de l'entreprise pour laquelle des fournitures ont été faites par le sous-traitant. Cette proposition, qui résulte de la généralité des termes employés par le décret, « .... cette remise tiendra lieu « d'opposition sur *tous les fonds* que le Gouvernement pour- « rait redevoir aux entrepreneurs pour leurs fournitures », conduit aux conséquences suivantes.

D'abord le privilège du sous-traitant s'étendra soit aux sommes dues par l'Etat à l'entrepreneur principal pour indemnités à raison de l'inexécution de partie de l'entreprise, ou même à raison d'autres entreprises par lui soumissionnées.[3]

Puis il portera sur le cautionnement fourni par l'entrepreneur principal,[4] ce qui constitue une différence impor-

[1] Paris, 26 mai 1826, Dalloz, Répert. alphab., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 522.

[2] Cassation, 12 mars 1822, Dalloz, *Op. et Loc. citat.,* n° 526.

[3] Cassation, 10 mars 1818, Dalloz, Répert. alphab., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 522 ; Cassation, 26 mai 1826, Dalloz, *Op. et Loc. citat.* ; Paris, 16 mars 1866, Sirey, 66, II, 318, et Dalloz, 66, II, 76.

[4] Paris, *Arrêt précité* du 16 mars 1866 ; Cassation, 4 mars 1889, Dalloz, 89, I, 427.

tante avec le privilège donné aux ouvriers et fournisseurs par le décret du 27 Pluviôse an II.[1] Sur ce cautionnement le privilège du sous-traitant primera le privilège de second ordre du bailleur de fonds, qui ne peut s'exercer qu'après le prélèvement des créances pour lesquelles le cautionnement a été constitué.[2]

§ IV

Du privilège de l'Etat ou des concessionnaires pour desséchement de marais.

622. — La loi du 16 septembre 1807, relative notamment au desséchement des marais, pose en principe, dans les articles 1 et 2, que le Gouvernement ordonnera les desséchements de marais qui lui paraîtront utiles ou nécessaires, et, pour favoriser ces entreprises utiles à la fois à la santé publique et au développement de l'agriculture, elle organise un privilège ayant la même base et la même étendue que le privilège des architectes et entrepreneurs, un privilège portant sur la plus-value conférée aux marais par les travaux de desséchement. Les titres II et IV de la loi fixent les règles à suivre pour la détermination de cette plus-value, puis le privilège qui va en faciliter le recouvrement est créé dans les termes suivants par l'article 23 :

« Les indemnités dues aux concessionnaires ou au Gou-
« vernement, à raison de la plus-value résultant des dessé-
« chements, auront privilège sur toute ladite plus-value, à
« la charge seulement de faire transcrire l'acte de conces-
« sion, ou le décret qui ordonnera le desséchement au
« compte de l'Etat, dans le bureau ou dans les bureaux des
« hypothèques de l'arrondissement ou des arrondissements
« de la situation des marais desséchés. L'hypothèque de
« tout individu inscrit avant le desséchement sera restrein-

[1] *Suprà,* Tome II, nos 610-613.
[2] Angers, 23 janvier 1850, Dalloz, 50, II, 86.

« te, au moyen de la transcription ci-dessus ordonnée, sur « une portion de propriété égale en valeur à la première « valeur estimative des terrains desséchés. »

Rien n'est plus légitime que ce privilège, fondé sur l'augmentation de valeur procurée au patrimoine du débiteur, et limité à la plus-value réellement conférée à ce patrimoine.

623. — Comme on le voit par les explications que nous venons de donner et par le texte de l'article 23, le privilège de l'Etat ou du concessionnaire du desséchement est subordonné à deux conditions : la détermination de la plus-value conférée aux terrains desséchés, dans les termes et de la manière prescrite dans les Titres II et IV de la loi de 1807, et la transcription du décret d'autorisation ou de l'acte de concession au bureau des hypothèques de la situation des biens.

Cette transcription, prescrite par la loi du 16 septembre 1807, offre un caractère particulier : elle est faite en bloc, collectivement, sans désignation des propriétaires intéressés, et il n'y a pas lieu au renouvellement décennal pour maintenir le privilège qu'elle a pour but de conserver.[1]

Ajoutons que si les marais desséchés font partie d'un ensemble d'immeubles, il y aura lieu d'abord à une ventilation pour déterminer la valeur comparative des marais et de l'ensemble de la propriété dont ils dépendent.[2]

Une fois la transcription opérée, les hypothèques antérieures au desséchement sont restreintes à la valeur de l'immeuble avant les travaux, conformément aux dispositions de l'article 23.

[1] Cassation, 28 mars 1854, Sirey, 54, I, 334, et Dalloz, 54, I, 181. — Aubry et Rau, III, § 263 *bis*, texte et note 90, p. 197.

[2] Cassation, 4 août 1852, Sirey, 52, I, 806.

§ V

Du privilège des bailleurs de fonds pour l'établissement d'une mine.

624. — L'article 20 de la loi du 21 avril 1810 sur les mines est ainsi conçu :

« Une mine concédée pourra être affectée, par privilège, « en faveur de ceux qui, par acte public et sans fraude, jus- « tifieraient avoir fourni des fonds pour les recherches de « la mine, ainsi que pour les travaux de construction ou « confection de machines nécessaires à son exploitation, à « la charge de se conformer aux articles 2103 et autres du « Code civil, relatifs aux privilèges. »

Ce privilège ne résulte pas, comme l'article 20 semblerait l'indiquer, de l'acte intervenu entre le bailleur de fonds et l'exploitant de la mine : il résulte de la loi seule, et n'est subordonné à d'autres conditions qu'à celles prescrites par l'article 2103, n° 5, pour la subrogation au privilège des ouvriers.[1]

625. — Le privilège de l'article 20 de la loi du 21 avril 1810 ne peut être donné au bailleur de fonds ayant servi à la recherche d'une carrière ou aux travaux nécessaires à son exploitation. Il est vrai que la loi de 1810 concerne aussi les carrières, mais l'article 20, aussi bien par son texte que par la place qu'il occupe au Titre IV de la loi, est spécial à la recherche et à l'exploitation des mines ; et, comme les privilèges spéciaux sur les immeubles sont limitativement déterminés par l'article 2103 et par les lois qui ont complété cet article, il est impossible d'accorder un privilège en dehors du texte limitatif de ces lois.[2]

[1] Aubry et Rau, III, § 263 *bis*, texte et note 91, p. 198 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 58.

[2] Metz, 7 février 1866, Dalloz, 66, II, 31.

§ VI

Du privilège en matière de drainage.

626. — Le libre écoulement des eaux provenant du drainage avait été assuré par la loi du 10 juin 1854 ; mais il ne suffisait pas de permettre le drainage, si utile à toute une catégorie de terres dans lesquelles la stagnation des eaux empêche la production, il fallait encore le faciliter, et tel a été le but de la loi du 17 juillet 1856. Cette loi a fait deux choses : elle a affecté une somme de cent millions à des prêts destinés au drainage, puis, et c'est là ce qui nous occupe, elle a accordé un privilège d'abord à l'Etat, au cas de prêt fait par lui, puis aux syndicats, pour le recouvrement de la taxe d'entretien et de leurs prêts ou avances ; aux prêteurs, pour le remboursement des prêts faits à des syndicats ; aux entrepreneurs, pour le prix des travaux de drainage par eux exécutés ; et enfin à ceux qui ont prêté des deniers pour payer ou rembourser les entrepreneurs, en se conformant aux dispositions de l'article 2103 (articles 3 et 4).

627. — Ce privilège a un double objet : il porte d'abord sur la plus-value conférée aux terrains drainés, puis sur les récoltes ou revenus de ces terrains.

Pour déterminer la plus-value conférée par les travaux de drainage, et sur laquelle seulement s'exercera le premier de ces deux privilèges, au cas où les créanciers privilégiés ou hypothécaires l'exigeraient, l'article 6 indique les formalités à remplir, et les articles 7 et 8 énumèrent les conditions prescrites pour l'acquisition et la conservation de ce privilège ; nous les examinerons dans la troisième partie de ce Traité, lorsque nous étudierons la théorie de l'inscription des privilèges et hypothèques. Ce privilège sur la plus-value procurée aux terrains drainés est donné à l'Etat, aux syndicats, aux entrepreneurs et aux créanciers subrogés à ceux-ci. Comme en matière de desséchement de marais, lorsque

la plus-value conférée par les travaux de drainage à l'immeuble a été déterminée, les privilèges ou hypothèques antérieurs au drainage sont réduits à la valeur de l'immeuble avant le drainage. Observons seulement que tandis que la détermination précise de la plus-value est toujours prescrite s'il s'agit de desséchement de marais, elle n'est faite, au cas de drainage, que si les créanciers privilégiés ou hypothécaires antérieurs l'exigent (article 5).

Le second privilège établi par la loi du 17 juillet 1856 a pour objet les récoltes ou revenus des terrains drainés. Ce privilège est donné pour le recouvrement de l'annuité échue et de l'annuité courante des prêts, et, en outre, pour le paiement de la taxe d'entretien de l'année échue et de l'année courante. Ce privilège prend rang après le privilège des contributions directes et celui des sommes dues pour les semences et les frais de la récolte de l'année.

Les privilèges créés par la loi de 1856 n'affectent chacun des immeubles compris dans le périmètre d'un syndicat que pour la part de cet immeuble dans la dette commune : c'est la disposition formelle de l'article 4, *in fine*.

§ VII

Du privilège du Crédit foncier.

628. — Ce privilège a été créé par les articles 29 et 30 du décret-loi du 28 février 1852, qui a organisé le Crédit foncier. D'après ces textes, la société du Crédit foncier peut, au cas de retard dans le paiement des annuités à elle dues par les emprunteurs, se faire envoyer en possession des biens sur lesquels une hypothèque lui a été conférée. Pendant la durée de cette possession conservatoire, le Crédit foncier conserve « *par privilège* » le montant des revenus ou récoltes, à concurrence des annuités à lui dues et des frais, et ce privilège ne sera primé que par les frais de semences et de récoltes, les frais de conservation de la chose, et le montant des impôts dus au Trésor.

§ VIII

Du privilège pour droits de magasinage dans les magasins généraux.

629. — Aux termes de l'article 8 de la loi du 28 mai 1858, loi relative aux négociations des marchandises déposées dans les magasins généraux, le créancier porteur d'un warrant est payé de sa créance sur le prix des marchandises déposées, sans formalités de justice, et sans autre déduction que celle des contributions indirectes, des taxes d'octroi, des droits de douane, et des frais de vente, magasinage, et autres frais faits pour la conservation des marchandises déposées.

DEUXIÈME PARTIE

DES RÈGLES PARTICULIÈRES AUX HYPOTHÈQUES

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES HYPOTHÈQUES

630. — L'article 2114 indique, dans les termes suivants, la nature et les effets de l'hypothèque :

« L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affec-
« tés à l'acquittement d'une obligation. Elle est, de sa na-
« ture, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeu-
« bles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces
« immeubles. Elle les suit dans quelques mains qu'elles
« passent. »

Pothier, de son côté, en donnait la définition suivante, au début de son *Traité de l'hypothèque :*

« L'hypothèque, ou droit de gage, est, disait-il, le droit
« qu'un créancier a dans la chose d'autrui, qui consiste à
« pouvoir la faire vendre, pour, sur le prix, être payé de sa
« créance. Ce droit d'hypothèque est un droit dans la chose,
« *jus in re.* »[1]

Ces deux définitions sont l'une et l'autre incomplètes. La définition de Pothier, tout en indiquant le caractère de droit réel de l'hypothèque, ne met pas en relief le droit de suite qu'elle confère au créancier, et que l'article 2114 indique à juste titre ; de plus, elle ne signale pas le droit de préférence

[1] *De l'Hypothèque,* n° 1.

qui appartient au créancier hypothécaire sur le prix de l'immeuble qui forme son gage. Quant à la définition du Code, elle omet, comme celle de Pothier, d'indiquer le droit de préférence attaché à l'hypothèque, et, en outre, elle ne révèle pas ce caractère important de l'hypothèque, que l'immeuble hypothéqué reste aux mains du débiteur, qui en conserve la possession.[1]

Voici, pour notre part, la définition que nous proposerons : l'hypothèque est un droit réel donné à un créancier sur un immeuble resté en la possession du débiteur, droit indivisible, accessoire, permettant au créancier de suivre l'immeuble, en quelques mains qu'il passe, et d'être préféré sur le prix.

631. — L'hypothèque confère, disons-nous, un droit *réel* au créancier sur les immeubles affectés à son obligation : ce sont les termes formels de l'article 2114.[2]

De cette réalité du droit d'hypothèque, admise à toutes les époques, le droit romain aurait dû déduire cette conséquence que la tradition était nécessaire pour la constitution de l'hypothèque comme elle l'était pour la constitution du droit de propriété ou de tout autre droit réel ; mais le Préteur, auquel est due la création de l'hypothèque, apporta ici une dérogation notable aux principes, et admit que la simple convention suffisait pour faire naître un droit d'hypothèque, le bien hypothéqué restant aux mains du débiteur :

« Le fréquent usage des hypothèques, dit Pothier, l'in-
« commodité qu'il y avait de ne pouvoir créer des hypo-
« thèques que par la tradition, avait engagé le Préteur à
« s'écarter des principes rigoureux du droit civil. »[3]

La même exception fut admise dans notre ancien droit, qui exigea un acte authentique pour la constitution d'hypo-

[1] *Compar.*, Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n°s 385-386 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 321.

[2] *Contrà*, Marcadé, *Explic. du Cod. civ.*, II, n° 360.

[3] *De l'Hypothèque*, n° 9.

thèque, alors que le droit romain se contentait d'une simple convention, mais on ne demanda ni la dépossession du débiteur ni par suite la tradition au créancier du bien hypothéqué.[1]

De ce principe de la réalité du droit d'hypothèque découlent deux effets importants, que nous avons indiqués et que nous étudierons d'abord, le pouvoir pour le créancier de suivre l'immeuble en quelques mains qu'il passe, contre tout détenteur et dans toute distribution du prix de cet immeuble,[2] puis le droit d'être préféré aux autres créanciers du même débiteur sur ce prix.

Il faut encore rattacher à ce caractère de réalité du droit du créancier hypothécaire le pouvoir, que la jurisprudence lui reconnaît à juste titre, de contester, de son chef, et sans appeler d'intermédiaire, les hypothèques antérieures à la sienne dont la constitution serait irrégulière. Ce pouvoir n'appartient pas aux créanciers chirographaires ; ils n'ont de droits que du chef de leur débiteur, mais le créancier hypothécaire, qui a un droit direct dans l'immeuble, *jus in re*, puise dans ce droit la faculté de faire annuler les droits rivaux du sien.[3]

632. — L'hypothèque constitue-t-elle un droit mobilier ou immobilier ? La question est très discutée, au moins en doctrine, car la jurisprudence s'est toujours prononcée pour le caractère immobilier de ce droit.

Pour soutenir que l'hypothèque ne donne qu'un droit purement mobilier, voici comment on raisonne. Pour apprécier le caractère d'un droit, il faut voir à quoi il tend et quelle est la nature de l'avantage qu'il va procurer au créancier. Or l'hypothèque ne donne au créancier qu'un droit, celui de se faire payer par préférence sur le prix de l'immeuble

[1] Pothier, *Op. citat.*, n° 10.

[2] Riom, 4 août 1888, Dalloz, 90, II, 219.

[3] Cassation, 27 mai 1851, Sirey, 51, I, 385 ; Cassation, 18 juillet 1859, Sirey, 60, I, 431 ; Caen, 6 novembre 1894, *Recueil des Arrêts de Caen*, 94, p. 129.

qui forme son gage, et cela dans tous les cas, que l'immeuble soit ou non resté en la possession du débiteur : elle n'est donc qu'un droit mobilier, puisqu'elle ne donne droit qu'à une somme d'argent. A un autre point de vue, l'hypothèque est un droit accessoire, créé pour la garantie d'une créance dont elle n'est qu'un attribut; et cet accessoire d'une créance, c'est-à-dire d'un droit mobilier, ne peut être d'une nature différente que le droit principal auquel il est attaché.[1]

Il en serait différemment toutefois, dans cette théorie, si l'hypothèque était donnée exceptionnellement pour une créance immobilière ; alors, en vertu du même principe que l'accessoire suit le sort du principal, l'hypothèque serait immobilière comme la créance.[2]

633. — Nous croyons, pour notre part, que l'hypothèque est dans tous les cas un droit immobilier. Elle ne tend pas en effet à donner au créancier de l'argent ; c'est son droit général de créancier qui permet à celui-ci de poursuivre tout le patrimoine de son débiteur, l'immeuble hypothéqué comme le reste, de le faire convertir en argent et de prendre part à la répartition des deniers. L'hypothèque n'a d'autre but que de donner au créancier qui en est investi un droit *sur l'immeuble* hypothéqué, droit qui lui permet de suivre cet immeuble dans la main des tiers détenteurs, et de triompher des autres créanciers en s'en faisant attribuer le prix par préférence : elle est donc un droit immobilier, puisqu'elle a pour objet exclusif la main-mise spéciale et privative d'un créancier sur un immeuble déterminé.

Mais elle est, dit-on, l'accessoire d'une créance, qui est un droit généralement mobilier, et l'accessoire doit suivre le sort du principal. Nous répondrons que cette formule est peu exacte, avec la portée absolue qu'on veut lui donner,

[1] Duranton, XIX, n° 241 ; Troplong, *Du Louage,* I, n° 17 ; Demolombe, *Cours de Code civil,* IX, n°s 471-472 ; Colmet de Santerre, IX, n° 75 *bis* III.

[2] Colmet de Santerre, *Op. et Loc. citat.*

et qu'un droit principal peut être garanti par un droit accessoire d'une autre nature : qui pourrait contester, comme le disent avec raison MM. Aubry et Rau, qu'un gage, c'est-à-dire un droit d'une nature mobilière, puisse être donné en garantie d'une créance immobilière ? Voici donc tout ce que signifie cet adage de droit, que l'accessoire suit le sort du principal : l'accessoire d'une créance ne peut survivre à la créance qu'il garantit, mais il n'en a pas moins une vie propre, et c'est ainsi que nous verrons que l'hypothèque peut disparaître, soit par une prescription spéciale, soit par la purge, sans que la créance cesse de subsister.

Le caractère de droit immobilier, que nous reconnaissons à l'hypothèque, n'a pas seulement une importance théorique, mais il offre un intérêt pratique, au point de vue notamment de la capacité exigée soit pour consentir une hypothèque, soit pour y renoncer ; s'il s'agit de consentir une hypothèque, l'article 2124 exige la capacité nécessaire pour aliéner l'immeuble qui va y être soumis, et de même, lorsqu'il s'agira de renoncer à une hypothèque, on devra exiger chez le renonçant la capacité requise pour aliéner un immeuble.[1]

Cette question a été tranchée en Belgique par la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, dont l'article 1er proclame expressément le caractère immobilier de l'hypothèque : « Tous actes translatifs ou déclaratifs *de droits réels « immobiliers, autres que les privilèges et hypothèques, « seront transcrits....* »

634. — Si l'hypothèque est un droit immobilier, comme

[1] Cassation, 2 mars 1840, Sirey, 40, I, 564 ; Cassation, 18 juillet 1843, Sirey, 43, I, 778 ; Paris, 17 juillet 1866, Sirey, 67, II, 23. — Valette, *Des Privilèges et Hypothèques,* n° 124 ; Aubry et Rau, II, § 165, texte et note 4, p. 24-25 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 328 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 691 ; Laurent, XXX, n° 174 ; Thiry, *Cours de droit civil,* IV, n° 444 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 904.

nous venons de l'admettre, faut-il en conclure qu'elle est un démembrement du droit de propriété ?

A la différence de la question que nous venons d'examiner, celle du caractère mobilier ou immobilier de l'hypothèque, le point de savoir si elle constitue ou non un démembrement de la propriété nous paraît purement théorique, sans aucun intérêt pratique.

Aussi, bien que cette question soit, elle aussi, controversée, l'examinerons-nous brièvement. A notre avis, l'hypothèque démembre le droit de propriété, car elle mutile un de ses attributs essentiels, l'*abusus*, le droit de disposer librement de l'immeuble hypothéqué pour s'en approprier le prix. Le propriétaire peut encore aliéner l'immeuble sur lequel existe une hypothèque, mais il n'en peut toucher le prix, et, de plus, l'aliénation qu'il fait au profit d'un acquéreur déterminé n'est que conditionnelle, subordonnée au non exercice par les créanciers hypothécaires de leur droit de surenchère. Il n'a donc plus qu'un droit de propriété amoindri, mutilé, et par conséquent démembré.[1]

635. — L'hypothèque est, disons-nous, un droit donné aux créanciers sur un immeuble *qui reste en la possession du débiteur :* c'est la supériorité de l'hypothèque sur le nantissement qui exige que le créancier soit mis en possession du bien à lui donné en garantie, et c'est là ce qui explique que, avec le développement du contrat de prêt, l'hypothèque ait pris dans l'histoire du droit une grande extension et se soit presque substituée au nantissement.[2]

Les avantages de ce caractère de l'hypothèque nous ont

[1] Duranton, XIX, n° 241 ; Valette, *Des Privilèges et Hypothèques,* n° 124 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n°s 327-329 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 690 ; Laurent, XXX, n° 171 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 35 ; Thiry, *Cours de droit civil,* IV, n° 444 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 894. — *Contrà,* Demolombe, *Cours de Code civil,* IX, n°s 471-472 ; Aubry et Rau, II, § 165, texte et note 4, p. 24-25.

[2] *Voir* notre *Traité du Nantissement,* n°s 2 et suiv.

amené à proposer, en matière de gage, une réforme législative adoptée dans la loi du canton de Zurich, et qui, à ce point de vue, assimilerait l'hypothèque et le gage. C'est le gage sans déplacement, *Pfandverschreibung :* dans ce système les meubles donnés en gage restent aux mains du débiteur comme l'immeuble hypothéqué, et les tiers sont prévenus par l'inscription du gage sur un registre spécial.[1]

636. — L'hypothèque est *indivisible* : « Hypothèques ne « se divisent point, » écrivait Loisel,[2] et de son côté Dumoulin disait : « ... *Omnis hypotheca sive legis sive hominis « est tota in toto, tota in qualibet parte.* »[3] C'est cette idée que l'article 2114 exprime ainsi : « L'hypothèque est indi- « visible, et subsiste en entier sur tous les immeubles « affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces im- « meubles. »

L'indivisibilité existe tant au point de vue passif qu'au point de vue actif.

Au point de vue passif, l'immeuble grevé de l'hypothèque continue d'en être grevé pour la totalité de la créance, bien que le débiteur soit mort laissant plusieurs héritiers, et que l'immeuble soit mis dans le lot d'un seul.[4] De plus, si le débiteur a laissé deux héritiers, et que l'un d'eux ait payé sa part de la dette hypothécaire, le créancier n'en conservera pas moins son droit hypothécaire sur la totalité de l'immeuble.[5] S'il y a plusieurs débiteurs conjoints de la dette hypothécaire, le créancier a néanmoins action sur la totalité de l'immeuble appartenant à un d'entre eux.[6] S'il n'y a qu'un débiteur, et qu'il paie une partie de sa dette, l'action hypothécaire continue d'exister sur la totalité de l'immeuble

[1] *Voir* notre *Traité du Nantissement,* n° 89.

[2] Liv. III, Tit. VII, Sect. 17.

[3] *Extricat labyrinth. divid. et individ.,* Part. II, n° 91.

[4] Article 873. — *Compar.* Cassation, 9 janvier 1810, Sirey, C. N., III, I, 139 ; Cassation, 4 mai 1812, Sirey, C. N., IV, I, 92.

[5] Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 389.

[6] Cassation, 31 janvier 1844, Sirey, 44, I, 398.

grevé.[1] Enfin, s'il y a plusieurs immeubles donnés en hypothèque, le créancier peut poursuivre la vente de celui qu'il lui plaît de choisir : « *Creditoris arbitrio permittitur, et* « *pignoribus sibi obligatis, quibus velit distractis, ad suum* « *commodum pervenire.* »[2]

Au point de vue actif, si le créancier meurt laissant plusieurs héritiers, et que le débiteur paie quelques-uns d'entre eux, l'héritier ou les héritiers non payés n'en conserveront pas moins l'intégralité de l'hypothèque primitivement consentie, pour garantir la portion de la dette dont ils demeurent créanciers.

637. — Il ne faut pas cependant exagérer la portée de l'indivisibilité de l'hypothèque, et y voir une indivisibilité absolue, tenant à l'essence même du droit hypothécaire, et de telle nature que la convention même des parties n'y puisse porter atteinte.

Dumoulin a très bien indiqué les caractères de cette indivisibilité et les motifs sur lesquels elle repose : ce n'est pas, dit-il, une indivisibilité parfaite, dérivant de la nature de l'hypothèque : « *Individuitatem quandam habet, non* « *simplicem, sed secundum quid, nec veram et propriam,* « *quippe cui non competat individui definitio, sed impro-* « *priam.* »[3] Et il explique les motifs sur lesquels repose cette indivisibilité imparfaite : d'une part, la volonté présumée des parties, qui ont entendu que le bien donné en garantie ne serait libéré qu'après l'extinction totale de la dette, et, de l'autre, l'intérêt du crédit, *utilitas communis*, car les parties ont pu se tromper sur la valeur du bien hypothéqué, convenir d'une garantie qu'elles croyaient supérieure au chiffre de la dette, tandis qu'elle était à peine égale à ce chiffre, et le créancier n'aura de sécurité complète que si tout l'immeuble demeure affecté, tant qu'il reste dû quelque chose de la créance.

[1] Cassation, 1er février 1848, Dalloz, 48, IV, 237 ; Cassation, 20 décembre 1848, Dalloz, 49, I, 81.

[2] L. 8, D., *De distract. pignor.* (XX, 5).

[3] *Explicat. labyrinth. divid. et individ.*, Part. II, n° 31.

Mais il résulte de là, d'abord, que les parties peuvent, par une convention expresse, diminuer l'étendue de cette indivisibilité qui ne repose que sur leur volonté présumée ; elles peuvent convenir, par exemple, que l'hypothèque s'éteindra partiellement, sur certains immeubles ou sur certaines portions de l'immeuble grevé, au cas de remboursement partiel de la créance, ou que, si le débiteur meurt et que l'immeuble hypothéqué soit partagé entre les héritiers, chacun ne sera tenu hypothécairement que dans la mesure de sa dette personnelle.

Les auteurs, qui sont d'accord sur cette solution, diffèrent sur la manière dont on doit l'expliquer : les uns, dont nous adoptons l'opinion, y voient, comme nous venons de le dire, une exception au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque,[1] tandis que les autres soutiennent qu'il n'y a là aucune dérogation au principe de l'indivisibilité, mais une *restriction de l'hypothèque même* :

« L'hypothèque, dit M. Martou, n'existe que dans les li-
« mites du contrat qui la constitue, et dans ces limites,
« qu'on ne le perde pas de vue, le principe de l'indivisi-
« bilité reparaît avec toutes ses conséquences légales. »[2]

Cette opinion nous paraît inexacte. Ce n'est pas l'hypothèque qui est restreinte, car, au moment où elle est concédée, elle s'étend sur tous les immeubles ou sur tout l'immeuble donné en garantie; mais, lorsqu'elle devra s'exercer, au moment de la réalisation du gage, l'effet ordinaire qui naîtrait de son indivisibilité est restreint. Sans doute elle est encore indivisible sous certains aspects, mais elle ne l'est plus de la même façon que si la loi seule en réglait les effets, et cela suffit pour que nous ayons raison de dire qu'il y a là une exception apportée au principe de l'indivisibilité.

637 I. — La Cour de cassation nous paraît, comme à

[1] *Voir* notamment Duranton, XIX, n° 345.

[2] *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 695. — *Sic* Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 332 ; Laurent, XXX, n° 179.

MM. Pont[1] et Laurent,[2] avoir méconnu le caractère purement *naturel* et non *essentiel* de l'indivisibilité du droit hypothécaire, en décidant que l'action en garantie d'une créance privilégiée ou hypothécaire, fondée sur la non existence du privilège ou de l'hypothèque, est indivisible à l'égard des cédants.[3] Ce qui est indivisible, c'est le droit hypothécaire, indivisible par sa nature, lorsqu'il existe et que les parties ne l'ont pas modifié : mais cette indivisibilité ne rejaillit pas sur la créance qu'il protège, et l'action en garantie de cette créance demeure divisible, comme toute action qui tend au paiement d'une somme d'argent.

638. — L'indivisibilité naturelle de l'hypothèque ne rejaillit pas, disons-nous, sur la divisibilité de la créance qu'elle garantit. Nous trouvons à la fois une preuve et une application de cette idée dans l'article 2249, § 2, en matière de prescription : « L'interpellation faite à l'un des héritiers « d'un débiteur solidaire, ou la reconnaissance de cet héri- « tier, n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres « cohéritiers, *quand même la créance serait hypothécaire*, si « l'obligation n'est indivisible. » La solution serait différente si la créance hypothécaire devenait indivisible, parce qu'elle est hypothécaire ; mais il n'en est pas ainsi, et le principe de l'indivisibilité en matière hypothécaire n'a d'autre but, comme nous l'avons expliqué d'après Dumoulin, que d'assurer au créancier une garantie complète sur l'immeuble à lui donné en gage.[4]

639. — A plus forte raison doit-on décider, comme l'a fait la Cour de cassation, que le débiteur ne peut pas, sous prétexte de l'indivisibilité de l'hypothèque, contraindre les héritiers de son créancier à s'entendre entre eux pour re-

[1] *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 331.

[2] XXX, n° 175.

[3] Cassation, 29 juillet 1858, Sirey, 60, I, 750, et Dalloz, 59, I, 125.

[4] *Compar.* Cassation, 12 février 1829, Sirey, 30, I, 201. — Duranton, XIX, n° 246 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 333 ; Laurent, XXX, n° 177.

cevoir le paiement de la créance totale et pour donner mainlevée. Il devra faire les diligences nécessaires pour se libérer à l'égard de tous, comme s'il s'agissait d'une obligation non garantie par une hypothèque, et cela par les deux raisons suivantes : la première, que si l'hypothèque est indivisible, la créance à laquelle elle est attachée ne l'est pas, et les règles ordinaires sur le paiement et la division de la dette au décès du créancier lui sont applicables ; la seconde, que l'indivisibilité de l'hypothèque a été introduite en faveur du créancier, pour le soustraire aux inconvénients qui résultent d'ordinaire pour lui de la division de la dette, et on ne peut retourner contre lui cet effet créé uniquement dans son intérêt.[1]

640. — Malgré le principe de l'indivisibilité, l'hypothèque ne doit pas être étendue en dehors des limites de la convention qui la constitue ; et, si elle a été établie sur une portion déterminée d'un immeuble, la seule qui appartînt au débiteur lors de l'acte de constitution, elle continuera à ne grever que cette portion, bien qu'ultérieurement le débiteur soit devenu propriétaire du surplus de l'immeuble. L'hypothèque conventionnelle naît de la volonté des parties qui l'ont créée et ne peut dans aucun cas s'étendre au delà des termes de l'acte qui la constitue : l'indivisibilité, qui n'est qu'une qualité de l'hypothèque, la protège dans les termes où elle est créée, sur le bien qui en est grevé, mais elle ne peut en étendre les limites.[2]

641. — L'indivisibilité de l'hypothèque donne au créancier, comme nous l'avons dit, le droit de choisir, entre les divers immeubles affectés à sa garantie, celui qu'il lui plaît de faire vendre, et, en cas de vente de l'un de ces immeubles, le droit de produire pour la totalité de sa créance dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix de cet immeuble unique.

[1] Cassation, 9 novembre 1847, Sirey, 48, I, 289, et Dalloz, 48, I, 49.

[2] Toulouse, 8 avril 1865, Dalloz, 65, II, 117.

Mais quelles seront les conséquences de ce droit au cas où un créancier à hypothèque générale se trouve en conflit avec des créanciers à hypothèque spéciale, qui n'ont d'autre gage que l'immeuble dont le prix est mis en distribution ? Nous nous bornons en ce moment à indiquer cette question, que nous étudierons dans la troisième partie de ce *Traité,* lorsque nous examinerons les effets du privilège et de l'hypothèque sur l'immeuble qui en est grevé.

642. — L'hypothèque est, disons-nous, un droit *accessoire,* comme le cautionnement et le nantissement :[1] créée pour garantir l'exécution d'une obligation principale, elle ne vit qu'autant que dure l'obligation dont elle est le complément; si cette obligation est nulle, l'hypothèque est nulle comme elle,[2] et, si l'obligation principale vient à s'éteindre, elle s'éteint avec elle, comme nous le dirons en étudiant les modes d'extinction des hypothèques.

« L'hypothèque, disait Loyseau, est une obligation *acces-*
« *soire* ou subsidiaire de la chose, pour confirmer et asseu-
« rer la promesse et obligation de la personne qui est débi-
« trice. »[3]

Résulte-t-il de ce caractère accessoire de l'hypothèque qu'elle ne peut être détachée de l'obligation pour laquelle elle a été constituée, ou à laquelle la loi l'a attachée ? C'est une question très controversée, que nous étudierons en traitant de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée, à propos de laquelle surtout cette question a été débattue.

643. — Enfin, comme derniers caractères de l'hypothèque, nous avons indiqué les droits qu'elle donne au créancier, d'abord, de suivre l'immeuble hypothéqué en quelques mains qu'il passe, puis, lorsque cet immeuble est vendu, soit à l'amiable, par le débiteur, soit sur les pour-

[1] *Voir* nos *Traités du Cautionnement,* n° 12, et *du Nantissement,* n° 19.

[2] Cassation, 1er août 1865, Sirey, 65, I, 407, et Dalloz, 65, I, 356.

[3] *Du Déguerpissement,* Liv. I, chap. III, n° 11.

suites du créancier hypothécaire ou de tout autre, d'être colloqué par préférence sur le prix.

Ces deux droits, de suite et de préférence, qui constituent, avec l'indivisibilité dont nous avons parlé, l'ensemble des avantages que l'hypothèque procure au créancier, seront étudiés par nous dans la troisième partie de ce *Traité*, lorsque nous envisagerons les effets de l'hypothèque par rapport aux créanciers entre eux et vis-à-vis des tiers.

644. — L'article 2115 porte que « l'hypothèque n'a lieu « que dans les cas et suivant les formes autorisés par la « loi ». L'hypothèque est en effet une exception au droit commun, au principe général écrit dans l'article 2093, et d'après lequel les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers et se distribuent entre eux par contribution. Cette exception doit être autorisée par la loi et ne peut exister qu'aux conditions, de forme ou de fonds, auxquelles la loi la subordonne.

De ce principe, que l'hypothèque est une exception au droit commun, découle une autre conséquence, très importante, que nous avons plusieurs fois signalée déjà et dont nous aurons souvent encore à faire l'application : lorsqu'il s'agit de savoir soit à quelles personnes l'hypothèque est donnée par la loi, soit quels biens en sont grevés par l'acte de constitution, l'interprétation restrictive s'impose, et l'hypothèque ne peut être conférée à d'autres personnes ou étendue à d'autres biens qu'aux personnes et aux biens limitativement indiqués par la loi, dans le premier cas, ou par l'acte de constitution, dans le second. C'est, en effet, une règle générale d'interprétation des lois que toutes les exceptions doivent s'interpréter strictement, *exceptiones sunt strictissimæ interpretationis*.

645. — Les biens qui sont susceptibles d'hypothèque sont énumérés dans l'article 2118 : ce sont les biens immobiliers, leurs accessoires réputés immeubles, et l'usufruit de ces biens et accessoires ; et l'article 2119 ajoute que « les « meubles n'ont pas de suite par hypothèque ».

L'impossibilité de grever les meubles d'hypothèque n'existait pas en droit romain, où les meubles et les immeubles étaient, au contraire, placés sur la même ligne. Le principe est posé d'une façon précise par un texte de Gaius, tout ce qui peut être vendu peut être hypothéqué :

« *Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pigno-* « *rationem recipere potest.* »[1]

Et la loi 13, au même titre *De pignoribus et hypothecis*, nous donne des exemples d'hypothèque grevant un troupeau, des esclaves, etc...

Non seulement les meubles pouvaient être hypothéqués, à Rome, comme les immeubles, mais l'hypothèque des meubles produisait tous les effets de l'hypothèque des immeubles, le droit de préférence à l'encontre des créanciers postérieurs, le meuble eût-il été mis en possession du créancier le plus récent,[2] et le droit de suite contre les tiers acquéreurs.[3]

Dans notre ancien droit, on admit bien, comme en droit romain, que les meubles pouvaient être hypothéqués, mais on enleva à cette hypothèque son principal avantage, dans la plupart des coutumes, en la privant du droit de suite, et du droit de préférence à l'encontre d'un créancier postérieur qui aurait reçu la tradition du meuble hypothéqué :

« En France, dit Loyseau, c'est une vieille règle du droit « coutumier et comme un proverbe de pratique que *meuble* « *n'a point de suite par hypothèque*, termes qui excluent ces « deux effets de la suite d'hypothèque et emportent que l'ac- « quéreur du meuble n'en peut être inquiété, et aussi que « la suite et ordre d'hypothèque n'a lieu aux meubles « entre plusieurs créanciers auxquels ils sont hypothé- « qués. »[4]

[1] L. 9, § 1, D., *De pignorib. et hyp.* (XX, 1). — *Adde* L. 1, § 2 D., *Quæ res pignor. vel hypoth.* (XX, 3).

[2] L. 12, § 10, D., *Qui potior. in pign.* (XX, 4).

[3] L. 15, C., *De pignor. et hypoth.* (VIII, 14).

[4] *Des Offices*, Liv. III, chap. V, n° 22.

Loyseau donne les raisons suivantes de cette grave innovation en matière hypothécaire :

« La raison n'est pas celle qu'on allègue vulgairement, « que *mobilium vilis est possessio*, parce que le plus ou le « moins ne font pas de différence au droit, mais il y en a « trois autres pertinentes. L'une, que les meubles n'ont pas « une consistance permanente et stable comme les immeu- « bles, et, partant, ne sont si propres à recevoir en soi, par « la simple convention et sans qu'ils soient actuellement « occupez, le caractère d'hypothèque, et à conserver ses « effets... L'autre, que les meubles peuvent facilement, et « sans grande incommodité, être mis ès-mains du créan- « cier, les lui baillant en gage..., de sorte que, quand il n'y « a que la simple convention sans nantissement, on peut « imputer au créancier de n'avoir pas pris son assurance « comme il pouvoit : ce qui n'est pas aux immeubles, dont « il est malaisé et incommode de transférer la détention au « créancier... La troisième est que, si les meubles avoient « suite par hypothèque en vertu de la simple convention... « le commerce seroit grandement incommodé, même aboly « presque tout à fait, pour ce qu'on ne pourroit pas dispo- « ser d'une épingle, d'un grain de bled, sans que l'acheteur « en pust être évincé par tous les créanciers du vendeur. »[1]

De ces trois raisons, la dernière, la nécessité de donner de la sécurité au commerce des meubles, est évidemment celle qui a eu le plus d'influence sur la formation de la règle coutumière, « meubles n'ont pas de suite par hypothè- « que » : c'est elle qui a inspiré cette autre règle du droit coutumier, qui a passé dans notre article 2279, « en fait de « meubles possession vaut titre ». La préoccupation très légitime de nos anciens jurisconsultes a été d'attacher à la possession des meubles une influence décisive pour la transmission de la propriété ou des droits réels, et l'exclusion du droit de suite et même de préférence pour l'hypothèque

[1] *Op. et Loc. citat.*, nos 23 et suiv.

des meubles s'expliquait d'autant mieux que, comme le dit Loyseau dans la première des raisons par lui données, il était facile au créancier de se faire donner le meuble en gage au lieu de recourir à une constitution d'hypothèque.

Ajoutons que si cette règle était généralement admise, elle ne l'était cependant pas par toutes les coutumes ; c'est ainsi que quelques-unes, parmi lesquelles la coutume de Normandie, tout en refusant au créancier ayant hypothèque sur un meuble le droit de suite contre un tiers acquéreur, le lui accordaient contre un créancier postérieur.

D'autres coutumes, tout en admettant la formule « meu-« bles n'ont pas de suite par hypothèque, » y attachaient une autre idée, l'exclusion complète de l'hypothèque des meubles. Telle était la coutume d'Orléans, dont l'article 447 porte tout d'abord « meubles n'ont point de suite par hy-« pothèque », puis, développant le sens de cette règle, l'interprète ainsi, que le créancier premier saisissant sera préféré à tous autres, « supposé qu'ils fussent précédents en « hypothèque » : de sorte que, dans cette coutume, comme le remarque justement M. Valette,[1] la règle « les meubles « n'ont pas de suite par hypothèque », est synonyme de celle-ci, les meubles ne peuvent être hypothéqués.

646. — Le Code civil, en reproduisant assez malencontreusement dans l'article 2119 l'adage coutumier, « les meu-« bles n'ont pas de suite par hypothèque, » lui a donné le sens qu'il avait dans la coutume d'Orléans, et ce texte signifie que les meubles ne peuvent pas être hypothéqués. C'est ce qui résulte en effet de l'article 2118, d'après lequel « sont « *seuls* susceptibles d'hypothèques les biens *immobiliers*, « leurs accessoires... et l'usufruit des mêmes biens et ac-« cessoires... »

Ce texte, évidemment limitatif par sa forme, suffisait pour exclure l'hypothèque des meubles, et on ne peut que regretter l'addition à cette règle claire de la formule équivo-

[1] *Des Privilèges et Hypothèques*, n° 129. — *Compar. Suprà*, Tome I, n° 13.

que de notre ancien droit, dont le sens naturel serait la possibilité d'hypothéquer les meubles, avec interdiction du droit de suite pour l'hypothèque mobilière.

La loi du 9 Messidor an III était mieux rédigée. L'article 5, qui correspondait à notre article 2118, était conçu à peu près dans les mêmes termes : « Sont *seuls* susceptibles d'hy-« pothèque : 1° la propriété des biens *territoriaux*... 2° l'usu-« fruit des mêmes biens... » Et l'article 6 ajoutait : « A l'égard « des biens meubles, *ils ne peuvent être l'objet d'aucune* « *hypothèque.* »

Mieux rédigée encore était la loi du 11 Brumaire an VII, qui, sans reproduire la règle coutumière concernant les meubles, se bornait à la disposition suivante dans l'article 6 : « Sont *seuls* susceptibles d'hypothèques : 1° les biens « *territoriaux*... ; 2° l'usufruit... *des mêmes biens*... » Cette rédaction exclut très clairement l'hypothèque des meubles, et il est préférable de ne pas reproduire ensuite l'adage coutumier, en apparence contradictoire avec cette règle, et dans tous les cas équivoque.

Il est étonnant que l'excellente loi belge du 16 décembre 1851 n'ait pas suivi ce système et que, inférieure même à la loi du 9 Messidor an III, elle contienne à ce propos le même vice de rédaction que notre Code civil. En effet après avoir, dans l'article 45, indiqué les biens qui sont *seuls* susceptibles d'hypothèque, les biens *immobiliers* et les droits d'usufruit, d'emphytéose et de surperficie établis sur *les mêmes biens*, elle reproduit, dans l'article 46, la mauvaise formule de notre article 2119, « les meubles n'ont pas de « suite par hypothèque. »

647. — L'article 2118, qui indique quels biens sont susceptibles d'hypothèques, est, ainsi que nous l'avons dit, *limitatif*, et ce caractère ressort très clairement des premiers mots de l'article, « Sont *seuls* susceptibles d'hypothèque... »

Le premier principe que l'article pose est que l'hypothèque ne peut être établie que sur les biens « immobiliers », ce qui, comme nous venons de l'indiquer au numéro pré-

cédent, exclut d'une façon absolue l'hypothèque des meubles.

648. — L'article 2118 ajoute aux mots « biens immo- « biliers » ces expressions qui en complètent le sens, « *qui* « *sont dans le commerce* ». La loi du 9 Messidor an III disait déjà que l'on ne pouvait hypothéquer que « la propriété des « biens territoriaux étant dans le commerce ou pouvant être « aliénés » (article 5), et la loi du 11 Brumaire an VII, « les « biens territoriaux transmissibles » (article 6).

Pour bien comprendre la portée de ces mots de notre article 2118, « biens qui sont dans le commerce », il convient de rapprocher de ce texte l'article 2204 : ce texte, énumérant les biens qui peuvent être l'objet d'une saisie immobilière, indique les mêmes biens que ceux qui, d'après l'article 2118, peuvent être hypothéqués, les immeubles, leurs accessoires réputés immeubles, et l'usufruit des mêmes biens et accessoires. De la rédaction similaire de ces deux textes on doit conclure que les seuls biens immeubles susceptibles d'hypothèque sont, suivant la formule exacte donnée par M. Valette,[1] « les immeubles qui peuvent être « l'objet d'une saisie immobilière, pratiquée conformément « aux lois de la procédure. » L'hypothèque a pour but d'assurer au créancier un droit de préférence sur le prix de l'immeuble hypothéqué ; il faut donc, pour qu'elle soit efficace, que l'immeuble puisse être converti en deniers, c'est-à-dire aliéné, d'où il suit que l'immeuble qui n'est pas dans le commerce et ne peut dès lors être aliéné est insusceptible d'hypothèque. De plus, l'aliénation de l'immeuble hypothéqué provoquée à la requête du créancier ne peut se faire, sous notre droit moderne, que par voie d'expropriation forcée, aux enchères publiques, de manière que, si le débiteur est privé de son immeuble, il soit au moins assuré que cet immeuble ne sera aliéné qu'à sa véritable valeur. L'aliénabilité de l'immeuble, et la possibilité pour le cré-

[1] *Des Privilèges et Hypothèques*, n° 127.

ancier de réaliser cette aliénation par la voie d'une saisie immobilière, telles sont les deux conditions qui ressortent des termes de l'article 2118 et de la combinaison de ce texte avec l'article 2204.[1]

649. — Du principe que nous venons de poser découlent les conséquences suivantes.

Sont insusceptibles d'hypothèques, d'abord, les biens qui sont dans le domaine public de l'Etat, des départements ou des communes.

Il en sera de même des biens qui, tout en étant la propriété privée des citoyens, sont frappés par la loi ou par la convention des parties d'inaliénabilité ou d'insaisissabilité.

C'est ainsi que les immeubles dotaux, qui ne peuvent être aliénés, ne peuvent être non plus hypothéqués, aux termes de l'article 1554. Il n'en sera autrement que si, par exception, le contrat de mariage, tout en maintenant l'inaliénabilité des immeubles dotaux, en a permis l'hypothèque : l'immeuble demeurera inaliénable,[2] mais il pourra être grevé d'hypothèque.

C'est ainsi encore que si des immeubles ont été légués sous condition d'insaisissabilité, les créanciers à hypothèque générale du légataire ne pourront pas prendre sur eux d'inscription,[3] pas plus que celui-ci ne pourrait conférer sur ces biens d'hypothèque conventionnelle.

650. — On admet en général, et nous avons admis nous-même dans notre *Traité de la Vente*,[4] que le débiteur saisi qui, aux termes de l'article 686 du Code de procédure, ne peut pas aliéner les immeubles saisis, peut néanmoins les

[1] Valette, *Op. et Loc. citat.* ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 355 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 714; Laurent, XXX, n° 195.

[2] *Voir* notre *Traité du Contrat de Mariage*, IV, n° 1986.

[3] Cassation, 10 mars 1852, Dalloz, 52, I, 111.

[4] I, n° 115. — *Adde*, aux autorités qui y sont citées, Rouen, 29 avril 1820, Sirey, c. N., VI, II, 255. — Chauveau, sur Carré, *Lois de la Procédure*, V. *Quest.* 2295 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 353.

hypothéquer : comment expliquer cette exception au principe par nous posé, que l'on ne peut hypothéquer que les biens aliénables et saisissables ?

Elle s'explique par le motif particulier de la règle d'inaliénabilité établie dans l'article 686 : la loi, en l'édictant, n'a voulu qu'une chose, interdire au débiteur une aliénation volontaire qui, faite après la saisie, arrêterait le cours de cette procédure et substituerait à la vente aux enchères publiques, qui est la garantie des créanciers, une vente amiable qui peut léser leurs droits. Le but tout relatif de cette insaisissabilité en fixe la limite : comme l'hypothèque de l'immeuble saisi n'empêche pas la saisie de suivre son cours ni l'immeuble d'être vendu aux enchères, elle ne doit pas être défendue.

Observons cependant que la loi belge du 15 août 1854, article 27, va plus loin que notre article 686 du Code de procédure, au moins d'après l'interprétation que nous donnons à ce dernier texte. Cette loi s'exprime ainsi :

« Le débiteur ne peut, à compter du jour de la transcrip-
« tion de la saisie ou du commandement, aliéner *ni hypo-*
« *théquer* les immeubles saisis... »

Comme le remarque M. Laurent,[1] cette défense d'hypothéquer n'est pas le corollaire, en matière de saisie, de la défense d'aliéner, qui n'a d'autre but que de permettre la continuation de la procédure de saisie ; elle s'explique par un autre motif, le désir de protéger les créanciers chirographaires, qui, à ce moyen, n'auront plus à craindre après la saisie l'établissement de causes de préférence pouvant leur préjudicier.

651. — Les « biens immobiliers » sont susceptibles d'hypothèque, dit l'article 2118 : mais il y a quatre sortes d'immeubles, d'après les articles 517 et suivants, les immeubles par nature, par destination, par l'objet auquel ils s'appliquent, et par la détermination de la loi, et nous avons à re-

[1] XXX, n° 197.

chercher à quelles catégories de biens immeubles s'applique la règle établie par notre article.

Il est certain, d'abord, que les immeubles *par nature* sont susceptibles d'hypothèque : ce sont les immeubles par excellence, et lorsque la loi parle d'immeubles, sans autre désignation, cette expression comprend toujours les immeubles par nature.

Seront donc susceptibles d'hypothèque les fonds de terre et les bâtiments (article 518). Il en sera ainsi des bâtiments construits par le locataire ou le fermier, lorsque le propriétaire a renoncé expressément ou tacitement à son droit d'accession ; dans ce cas, ces constructions pourront être hypothéquées du chef du preneur, d'après une jurisprudence que nous avons combattue[1] et que nous persistons à désapprouver, mais qui s'est affirmée par tant de décisions qu'on peut la considérer aujourd'hui comme définitivement établie.

652. — L'hypothèque, une fois constituée sur le fonds de terre ou sur le bâtiment, s'étendra à tous les accessoires de cet immeuble, sans qu'il soit besoin que l'acte de constitution d'hypothèque les mentionne spécialement.

Par exemple, si une source existe dans le fonds hypothéqué, elle est soumise de plein droit à l'hypothèque qui grève le fonds, bien que l'acte de constitution n'en parle pas et qu'aucun travail n'ait encore été fait pour la capter au moment où l'hypothèque a été constituée. Malgré le silence de l'acte, la source, connue ou non des parties, était un accessoire de l'immeuble et est hypothéquée avec lui, comme le sont toutes les parties, *quælibet pars*, de cet immeuble.[2]

[1] *Voir* notre *Traité du Louage, Troisième édition,* I, nos 294 et suiv. — *Adde,* dans le sens de notre opinion, un remarquable arrêt de la Cour de Bruxelles du 31 octobre 1851, cité intégralement par Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* III, n° 955 ; et Martou, *Op. et Loc. citat.*

[2] Grenoble, 25 juin 1892, Sirey, 94, II, 257, et Dalloz, 93, II, 425.

De même encore, si le propriétaire de deux fonds amène sur l'un de ces fonds les eaux d'une source née dans l'autre, dans le but d'améliorer le premier de ces fonds, et qu'ils soient expropriés tous les deux, le prix de la source devra être distribué aux créanciers hypothécaires du fonds où elle a été amenée, et dont elle est devenue l'accessoire.[1]

652 I. — Il importe toutefois, en posant le principe que l'hypothèque une fois constituée sur un fonds de terre ou une maison s'étend de plein droit à tous les accessoires, de tempérer ce principe par l'observation suivante : le débiteur, et, d'une manière plus générale, le détenteur de l'immeuble hypothéqué conserve le droit d'administrer cet immeuble, et, à ce titre, d'en détacher et d'en recueillir les fruits naturels, d'en percevoir les fruits civils, etc...

Nous nous bornons en ce moment à indiquer cette restriction : nous aurons à en déterminer l'étendue lorsque nous étudierons les effets de l'hypothèque entre le propriétaire de l'immeuble et les créanciers hypothécaires, dans la troisième partie de ce *Traité*.

653. — Le concessionnaire d'une mine, qu'il soit ou non le propriétaire du sol sur lequel la mine est ouverte, a le droit de concéder sur elle des hypothèques, qui seront distinctes de celles existant sur la surface et la redevance. Ce droit d'établir une hypothèque sur la mine elle-même est indiqué dans les articles 8, 19, 20 et 21 de la loi du 21 avril 1810.

L'article 19 déclare d'abord que les hypothèques, existant du chef des propriétaires du sol, s'étendront aux droits résultant pour eux de l'ouverture d'une mine sur leur terrain. C'est l'application de l'idée que nous exprimions tout à l'heure, que l'hypothèque constituée sur un immeuble s'étend à tous les accessoires de cet immeuble : la rede-

[1] Cassation, 30 mars 1892, Sirey, 92, 1, 500, et Dalloz, 92, I, 389. — *Compar.* encore sur l'application du principe que l'hypothèque s'étend de plein droit aux accessoires du fonds, Cassation, 3 décembre 1895, *Recueil des Arrêts de Caen,* 96, 142.

vance payée au propriétaire par le concessionnaire de la mine, comme prix du minerai extrait, est la valeur d'une portion du sol et doit appartenir aux créanciers qui ont hypothèque sur ce sol.

Puis l'article 8 déclare que « les mines sont immeubles », et l'article 19 ajoute que, du moment où la mine est concédée, même au propriétaire de la surface, la propriété de la mine est distincte de celle de la surface : « Cette pro-« priété, continue l'article 19, sera désormais considérée « comme propriété nouvelle, sur laquelle de nouvelles hy-« pothèques pourront être assises. »

654. — Doit-on étendre aux carrières la disposition des articles 8 et 19 de la loi de 1810, et dire que le concessionnaire de la carrière pourra l'hypothéquer d'une manière distincte du sol ?

L'affirmative est soutenue, notamment par MM. Troplong[1] et Martou.[2] Lorsqu'une carrière est concédée, dit-on dans cette théorie, le droit de propriété se trouve scindé en deux droits immobiliers, susceptibles l'un comme l'autre d'hypothèque : le droit du concessionnaire de la carrière est un droit d'une durée indéfinie, qui survit aux exploitations successives, et qui a par suite une stabilité qui le rend susceptible d'hypothèque.

Nous croyons, en ce qui nous concerne, l'opinion contraire préférable. Le droit d'extraire des pierres dans une carrière, quelle qu'en soit la durée, ne donne au concessionnaire qu'une faculté, la faculté de faire siens des objets mobiliers en échange d'un prix qu'il paie : on peut voir dans un tel contrat soit un louage, à raison de la périodicité de la redevance et de la durée de l'extraction,[3] soit comme la jurisprudence, une vente mobilière,[4] mais il paraît impossible d'y voir une vente d'immeuble.

[1] *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 404 *bis.*

[2] *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 716.

[3] *Voir* notre *Traité du Louage,* I, n° 14.

[4] *Voir* les arrêts cités dans notre *Traité du Louage, Loc. citat.*, n° 13.

Théoriquement, il devrait en être de même de la concession d'une mine, qui ne donne au concessionnaire qu'un droit de même nature, le droit d'extraire du minerai, c'est-à-dire des choses mobilières. Il est vrai que la loi du 21 avril 1810, envisageant l'importance de la concession minière et les avantages que son caractère immobilier peut procurer pour le crédit du concessionnaire, a déclaré que les mines étaient immeubles et qu'elles étaient susceptibles d'une hypothèque distincte de celle de la surface. Mais comme cette disposition, exceptionnelle, nous croyons l'avoir démontré, n'a trait qu'aux mines, qu'elle n'est pas reproduite au Titre VIII de la loi du 21 avril 1810, consacrée aux carrières, il y a là, à notre avis, un motif de plus pour ne voir dans le droit du concessionnaire de la carrière qu'un droit purement mobilier, non susceptible d'hypothèque.[1]

655. — Le droit au bail d'un immeuble ne peut être donné par le preneur en hypothèque. Dans la théorie que nous avons adoptée sur le caractère de ce droit, et qui est généralement admise, le preneur n'a sur l'immeuble à lui loué qu'un droit personnel,[2] insusceptible dès lors d'hypothèque.[3] Mais, voulût-on y voir un droit réel immobilier, il faudrait encore, à notre avis, adopter la même solution, car il ne serait pas de ceux que l'article 2118 énumère comme étant « seuls » susceptibles d'hypothèques. Ce texte indique l'usufruit des immeubles comme pouvant être hypothéqué, mais non le bail.

Ce que nous disons du bail ordinaire, il faut le dire aussi du bail à longue durée, car, dans notre droit moderne, ce contrat ne change pas de caractère selon sa durée.[4]

[1] Paris, 22 janvier 1867, Dalloz, 68, II, 137.

[2] *Voir* notre *Traité du Louage,* I, n° 28.

[3] Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 385; Laurent, XXX, n° 215.

[4] *Voir* notre *Traité du Louage,* I, n°s 36 et suiv. — *Sic* Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 387.

656. — Le droit du preneur emphytéotique est-il susceptible d'hypothèque ? La question est très discutée.

Si l'on admet, comme nous l'avons fait,[1] que l'emphytéose ne confère au preneur qu'un droit personnel, la question ne naît pas, et l'hypothèque de l'emphytéose n'est pas possible.

Si l'on reconnaît au contraire au droit du preneur emphytéotique le caractère de droit réel immobilier, la question se pose, et elle doit être résolue différemment, suivant que l'on adopte l'un ou l'autre des deux systèmes nés à ce propos.

Pour les uns en effet, l'emphytéose confère au preneur un droit réel immobilier, parce que notre législation a maintenu, dit-on, à l'emphytéose les effets qu'elle avait dans notre ancien droit ; elle opère encore la décomposition de la propriété et transfère au preneur le domaine utile du bien qui lui est concédé : « L'emphytéose, dit la Cour « de cassation, est, de sa nature, translative du domaine « utile, et par suite elle constitue un droit essentiellement « immobilier, c'est-à-dire un de ces biens que l'article « 2118 déclare susceptibles d'hypothèque. » La conclusion est logique, et, si l'emphytéose confère le domaine utile de l'immeuble, il est vrai de dire, avec la Cour de cassation, qu'elle constitue un immeuble susceptible d'hypothèque.[2]

[1] *Voir* notre *Traité du Louage,* I, n° 10. — *Sic* Grenier, *Des Hypothèques*, I, n° 143 ; Valette, *Des Privilèges et Hypothèques,* n° 128 ; Demolombe, IX, n° 491, Aubry et Rau, II, § 224 *bis*, texte et notes 1-9, p. 452-456 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 388.

[2] Cassation, 26 janvier 1864, Sirey, 64, I, 91, et Dalloz, 64, I, 83. — *Sic* Cassation, 26 juin 1822, Sirey, C. N., VII, I, 99 ; Cassation, 1er avril 1840, Sirey, 40, I, 433 ; Cassation, 24 juillet 1843, Sirey, 43, I, 830 ; Cassation, 18 mai 1847, Sirey, 47, I, 623, et Dalloz, 47, I, 176 ; Cassation, 17 novembre 1852, Sirey, 52, I, 647, et Dalloz, 52, I, 262 ; Cassation, 26 avril 1853, Sirey, 53, I, 445, et Dalloz, 53, I, 145 ; Cassation, 6 mars 1861, Sirey, 61, I, 713, et Dalloz, 61, I, 418 ; Alger, 8 avril 1878, Sirey, 78, II, 296. — Merlin, QUEST. DE DROIT, Ve *Emphytéose,* Sect. V, § 8 ; Persil, *Régime hypothécaire,* I, Art. 2118, n° 15.

Pour les autres, l'emphytéose ne donne pas le domaine utile, elle confère seulement un droit réel immobilier; mais les partisans de ce système se divisent sur le point de savoir si ce droit réel est susceptible d'hypothèque.[1]

Nous n'avons pas, on le comprend, à entrer dans l'examen de ces divers systèmes, puisque, à notre avis, l'emphytéose ne confère qu'un droit personnel. Nous ferons remarquer seulement que, si l'emphytéose ne donne qu'un droit réel immobilier, il semble bien difficile d'admettre que ce droit soit susceptible d'hypothèque, si l'on rapproche l'article 2118 de l'article 3 de la loi du 9 Messidor an III et de l'article 6 de la loi du 11 Brumaire an VII : tandis que ces deux derniers textes indiquent l'emphytéose comme étant susceptible d'hypothèque, que surtout la loi de l'an VII mentionne « l'usufruit ainsi que la jouissance à titre d'emphy- « téose », l'omission de l'emphytéose dans l'article 2118, alors que ce texte emploie la formule des lois de l'an III et de l'an VII, « sont seuls susceptibles d'hypothèque », nous paraît exclusive de l'hypothèque sur l'emphytéose.

657. — Dans le bail à domaine congéable, la question est tranchée par le texte du décret du 7 juin 1791, et le droit du domanier, c'est-à-dire du preneur, est susceptible d'hypothèque. Ce décret, toujours en vigueur,[2] porte en effet que, dans tous les cas, les « édifices et superfices » des domaniers seront considérés comme immeubles à l'égard de tout le monde, sauf à l'égard du propriétaire foncier. Le droit du domanier est donc « un bien immobilier dans « le commerce », suivant les expressions de l'article 2118, et il est susceptible d'hypothèque.

658. — Du droit du domanier dans le domaine congéable il convient de rapprocher le droit de propriété superfi-

[1] *Voir*, dans le sens de l'affirmative, Duranton, XIX, n° 268 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 405, et *Du Louage*, I, n° 50 ; Duvergier, *Du Louage*, I, n°s 142 et suiv. — Et, dans le sens de la négative, Colmet de Santerre, IX, n° 78 *bis* VII.

[2] *Voir* notre *Traité du Louage*, II, n°s 638 et suiv., et 664.

ciaire ou souterraine dans un immeuble, droit qui est, lui aussi, susceptible d'hypothèque.

On admet, en effet, que le propriétaire d'un immeuble peut aliéner au profit d'un tiers soit les constructions élevées sur cet immeuble, en se réservant la propriété du sol sur lequel elles sont construites, soit une cave ou une construction quelconque dans le sol, en se réservant la superficie. Ce droit à la propriété superficiaire ou souterraine est un droit de propriété dans un immeuble, droit de propriété distinct de la propriété du sol, par conséquent un immeuble par nature,[1] rentrant dans les biens immobiliers dont parle notre article 2118.[2]

De son côté, le propriétaire qui s'est réservé le sol ou la superficie a conservé un immeuble par nature, distinct de celui qu'il a aliéné, et susceptible comme lui d'hypothèque.

659. — Les concessionnaires de chemin de fer peuvent-ils conférer une hypothèque sur leur droit de concession?

En législation, l'affirmative nous paraîtrait très désirable : sans doute, dans le système français, les chemins de fer rentrent dans le domaine public de l'Etat, puisque l'article 1er de la loi du 15 juillet 1845 déclare qu'ils font partie de la grande voirie, et, d'un autre côté, la possession du concessionnaire est précaire par rapport à l'Etat, puisque, à l'époque fixée pour l'expiration de la concession, l'Etat reprend possession du chemin de fer et entre en jouissance de tous ses produits. Mais la durée des concessions est longue, et on comprendrait que la loi donnât aux concessionnaires, pendant cette durée, un droit réel immobilier analogue à celui de l'usufruitier, droit qui serait susceptible d'hypothèque.

[1] Besançon, 21 décembre 1864, Sirey, 65, II, 197, et Dalloz, 65, II, 1 ; Cassation, 5 novembre 1866, Sirey, 66, I, 441, et Dalloz, 67, I, 32.

[2] Proudhon, *De l'Usufruit*, VIII, n° 3727 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, nos 404-405 ; Demolombe, *Cours de Code civil*, IX, nos 483-484 ; Aubry et Rau, II, § 223, texte n° 2, p. 438-440.

C'est en ce sens que le projet de réforme hypothécaire de 1850 était préparé, et l'article 2118 énumérait, parmi les biens immeubles susceptibles d'hypothèque : « ... 4° Les « concessions de chemins de fer, canaux, ponts et autres « travaux d'utilité publique ».

C'est aussi en ce sens que, même dans les pays où, comme en France, les concessions de chemins de fer ne sont pas perpétuelles, par exemple en Autriche et en Suisse, le législateur a autorisé l'hypothèque des chemins de fer, en prenant des précautions pour qu'elle ne constitue pas une entrave à l'exploitation de la ligne.

Mais le projet de réforme de 1850 n'a pas abouti, et, dans l'état de notre législation, nous croyons que les concessions de chemins de fer ne sont pas susceptibles d'hypothèques. La démonstration en a été faite d'une façon remarquable par M. Aucoc, à l'étude duquel nous ne pouvons que renvoyer,[1] car il s'agit ici d'une question de droit administratif et non de droit civil. L'argument capital de sa thèse, et qui nous a tout à fait convaincu, c'est que, dans l'état de nos lois, les concessionnaires de chemin de fer n'ont que des droits mobiliers ;[2] ils ne sont que des entrepreneurs de travaux publics, tant que la ligne n'est pas achevée, et de service de transport, lorsque la voie est ouverte au public, et des droits de cette nature ne peuvent donner lieu à une hypothèque.

660. — La solution que nous venons de donner, en décidant que les concessions de chemins de fer ne sont pas susceptibles d'hypothèques, doit être étendue, par analogie de motifs, aux concessions de droit de péage sur un pont dépendant du domaine public,[3] ou aux concessions de ca-

[1] *Revue critique,* 1876, *De l'Hypothèque sur les chemins de fer,* p. 81-89, et *Conférences de droit administratif,* III, n° 1242.

[2] Tribunal de la Seine, 27 juillet 1850, Dalloz, 50, V, 78 ; Cassation, 15 mai 1861, Dalloz, 61, I, 225 ; Cassation, 5 novembre 1867, Dalloz, 68, I, 117.

[3] Nancy, 2 août 1847, Sirey, sous Cassation, 18 juillet 1848, 48,

naux. Nous rappelons que le projet de réforme hypothécaire de 1850, que nous avons cité au numéro précédent, permettait l'hypothèque dans ces deux cas ; mais, dans l'état de notre législation, les concessionnaires de canaux ou de ponts n'ont qu'un droit mobilier sur un immeuble qui continue à faire partie du domaine public de l'Etat.

661. — Après avoir déclaré susceptibles d'hypothèque « les biens immobiliers qui sont dans le commerce », l'article 2118 ajoute : « et *leurs accessoires réputés immeubles.* »

Il s'agit ici des immeubles *par destination*, énumérés dans les articles 522 et suivants du Code civil : mais la rédaction de l'article 2118 n'est pas très heureuse, car, si on prenait ce texte à la lettre, il en résulterait que les immeubles par destination peuvent être hypothéqués isolément, comme les immeubles par nature. Il n'en est pas ainsi, et ces expressions de l'article 2118 signifient que, si un immeuble par nature est hypothéqué, l'hypothèque s'étend de plein droit à ses accessoires réputés immeubles par destination.

A ce point de vue, l'article 45 de la loi belge du 16 décembre 1851 est beaucoup mieux rédigé que notre article 2118 : « L'hypothèque acquise, dit-il, *s'étend* aux accessoi-« res réputés immeubles. »

Telle est l'unique portée de l'article 2118 : les immeubles par destination ne peuvent pas être hypothéqués isolément, car ils n'ont pas, en tant qu'immeubles, de vie propre ; mais, comme ils sont l'accessoire de l'immeuble par nature, ils seront atteints par les hypothèques qui grèveront cet immeuble.

662. — Pour que l'hypothèque s'étende aux accessoires réputés immeubles, il faut que ces accessoires soient devenus immeubles par destination, c'est-à-dire aient été attachés au fonds à perpétuelle demeure par le propriétaire. Nous n'avons pas à développer ici cette idée, qui appartient

I, 609, et Dalloz, 48, II, 41 ; Cassation, 20 février 1865, Sirey, 65, I, 185, et Dalloz, 65, I, 308. — Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 384 ; Laurent, XXX, n° 220.

à l'étude de la distinction des biens et au commentaire des articles 522 et suivants du Code civil : il nous suffit de poser le principe que l'immobilisation ne se produira que si la volonté du propriétaire a été de réunir ces accessoires à l'immeuble d'une façon permanente et définitive.[1]

663. — Du moment où ces accessoires sont devenus immeubles par destination, l'hypothèque constituée sur l'immeuble s'étend de plein droit sur eux, sans qu'il y ait besoin d'une affectation spéciale.[2]

Elle les grève lors même que l'immobilisation des meubles ne serait faite que postérieurement à la constitution de l'hypothèque. A quelque époque que le propriétaire la fasse, elle a pour résultat d'incorporer ces meubles à l'immeuble dont ils deviennent l'accessoire, et dont ils suivent la condition.[3]

664. — L'hypothèque qui grève les immeubles par destination n'ayant d'autre cause que leur incorporation à l'immeuble, elle cesse de les atteindre lorsque cesse cette incorporation : l'hypothèque existait sur l'immeuble, elle ne frappera plus les anciens accessoires de l'immeuble qui ont repris leur nature de meubles par la volonté du propriétaire.

Ce principe doit toutefois être entendu avec une réserve que nous allons y apporter. L'hypothèque ne cesse de pro-

[1] *Voir* une application dans un arrêt de Bourges, 15 juin 1892, Dalloz, 93, II, 428.

[2] Paris, 22 janvier 1847, Dalloz, 48, II, 16 ; Cassation, 15 juillet 1867, Sirey, 68, I, 9, et Dalloz, 68, I, 269 ; Paris, 22 mai 1868, Dalloz, 69, II, 72 ; Paris, 3 avril 1875, Dalloz, 76, II, 239 ; Cassation, 20 décembre 1875, Dalloz, 76, I, 243 ; Douai, 28 février 1882, Dalloz, 83, II, 16 ; Cassation, 2 août 1886, Sirey, 86, I, 417 ; Douai, 16 décembre 1886, Sirey, 88, II, 115, et Dalloz, 88, II, 43 ; Tribunal de Tours, 8 décembre 1888, sous Orléans, 28 décembre 1888, *Pandectes françaises,* 89, II, 13. — *Compar.* Cassation, 21 janvier 1878, Sirey, 79, I, 63, et Dalloz, 79, I, 263. — *Nec obstat,* Nancy, 19 février 1881, Sirey, 82, II, 161.

[3] Rouen, 17 mai 1825, Sirey, C. N., VIII, II, 77. — Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 375.

duire ses effets qu'au moment où les anciens immeubles par destination étant livrés à un acquéreur de bonne foi, leur immobilisation a cessé à l'égard de tous, et alors l'acquéreur est protégé par la règle de l'article 2279. Mais si ces objets sont vendus, et non encore livrés, le créancier hypothécaire pourra s'opposer à leur livraison, et les faire saisir immobilièrement et vendre : vis-à-vis de lui en effet, ils ont encore conservé leur caractère d'immeubles.[1]

D'un autre côté, lorsque l'acquéreur de ces objets en a pris livraison, le créancier hypothécaire perd bien sur eux tout droit de suite : c'est la conséquence directe des principes que nous venons d'exposer.[2] Mais, si l'acquéreur n'a pas payé son prix, ce créancier ne conserve-t-il pas du moins sur eux son droit de préférence ? Nous nous bornons à signaler cette question, que nous examinerons dans la troisième partie de ce *Traité,* en étudiant les *Effets de l'hypothèque.*

665. — L'article 2118 déclare ensuite susceptible d'hypothèque, dans son paragraphe deuxième, « l'usufruit des « mêmes biens (immobiliers) et accessoires pendant le « temps de sa durée ».

La question s'était posée en droit romain de savoir si cette hypothèque de l'usufruit était possible, et elle avait été résolue dans le sens de l'affirmative, le Préteur venant au secours du créancier et lui donnant une exception pour repousser l'action du propriétaire du bien hypothéqué :

[1] Paris, 29 décembre 1836, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 796 ; Paris, 22 mai 1868, Dalloz, 69, II, 72.

[2] Cassation, 5 août 1829, Sirey, C. N., IX, I, 344 ; Cassation, 17 juillet 1838, Sirey, 38, I, 869 ; Bourges, 31 janvier 1843, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., V° *Biens,* n° 132 ; Cassation, 5 juillet 1880, Sirey, 81, I, 238, et Dalloz, 80, I, 321 ; Chambéry, 17 août 1881, Sirey, 82, II, 110, et Dalloz, 82, II, 148 ; Alger, 19 mars 1884, Dalloz, 85, II, 134 ; Douai, 16 décembre 1886, Sirey, 88, II, 115, et Dalloz, 88, II, 43 ; Cassation, 21 novembre 1894, Dalloz, 95, I, 277. — Aubry et Rau, III, § 286, texte et note 11, p. 428-429 ; Demolombe, *Cours de Code civil,* IX, n° 326 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n°s 416-417.

« *Nam et cum emptorem usufructûs tuetur prætor, cur* « *non et creditorem tuebitur? Eâdem ratione et debitori ob-* « *jicietur exceptio.* »[1]

Cette solution ne pouvait faire de doute en droit français, où l'usufruit est cessible comme la pleine propriété elle-même (article 595); de plus, lorsqu'il porte sur un immeuble, il constitue un bien immobilier, puisque le droit de propriété est démembré entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, c'est donc un bien immobilier dans le commerce, et c'est avec raison que l'article 2118 le mentionne expressément comme susceptible d'hypothèque.

666. — Celui qui a la pleine propriété d'un immeuble peut-il donner une hypothèque sur l'usufruit de cet immeuble? Oui, d'après un certain nombre d'auteurs: le propriétaire est libre, dit-on dans ce système, de détacher de son droit tel attribut qu'il veut, l'usufruit comme la pleine propriété; il peut céder l'usufruit de son bien, il peut par la même raison l'hypothéquer. L'hypothèque de l'usufruit n'est autre chose qu'une cession éventuelle de ce droit, permise au même titre que la cession complète.[2]

Une pareille convention nous paraît impossible, par les raisons suivantes. C'est un principe essentiel en matière de servitudes que nul ne peut avoir de servitude sur sa propre chose, puisqu'il en a la maîtrise absolue dans le droit de propriété qui lui appartient, *res sua nemini servit;* et les rédacteurs du Code civil ont fait une application spéciale de cette règle à la matière de l'usufruit, en disant, dans l'article 598 qui définit l'usufruit, que « l'usufruit est le droit de « jouir des choses, dont *un autre a la propriété.* » L'usufruit ne naît donc que par la cession qui en est faite à un tiers par le propriétaire, et c'est à tort qu'on appelle « *usu-* « *fruit causal* » le droit de jouissance qui appartient au pro-

[1] L. 11, § 2, D., *De pignorib. et hypoth.* (XX, 1).

[2] Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 400 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 381 ; Laurent, XXX, n° 211.

priétaire sur sa chose : il en a la jouissance comme attribut de son droit de propriété.

L'usufruit ne peut donc être hypothéqué par le propriétaire, car cet usufruit n'existe pas, pas plus qu'il n'existe de droit de passage ou de puisage au profit du propriétaire sur son immeuble.[1]

667. — Lorsque la loi dit, dans l'article 2118, que l'usufruit est susceptible d'hypothèque, elle ne parle que de l'usufruit véritable, celui de l'article 578, qui constitue un démembrement de la propriété ; et elle ne doit pas s'appliquer au droit de jouissance légale créé au profit du père ou du survivant des époux par les articles 384 à 387 du Code civil. Il est vrai que ce droit de jouissance est qualifié en général du nom *d'usufruit légal*,[2] mais nous croyons, avec MM. Demolombe[3] et Martou,[4] que cette dénomination n'est pas exacte, que cette jouissance n'est pas un véritable usufruit, un démembrement de la propriété au profit du père ou du survivant des époux : la loi n'a voulu donner et n'a donné au père que l'administration des biens des enfants mineurs, avec le droit de jouir des revenus, déduction faite des charges imposées à cette jouissance. Voilà pourquoi, dans les articles 384 à 387, le mot d'usufruit n'est même pas prononcé : au lieu d'un usufruit, c'est-à-dire d'un droit réel, constitué indépendamment de la personne du titulaire, cessible, c'est un droit tout personnel qui est constitué dans le Titre *De la puissance paternelle*. Aussi croyons-nous qu'il ne peut être hypothéqué, pas plus qu'il ne pourrait être cédé par le père ni exproprié par ses créanciers.[5]

[1] Cassation, 12 avril 1836, Sirey, 36, I, 366. — Aubry et Rau, III, § 259, texte et note 6, p. 125 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 735 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques*, n° 39 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 920.

[2] *Compar.* article 579, Cod. civ.

[3] *Cours de Code civil*, VI, n° 527.

[4] *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 736.

[5] Bordeaux, 19 juin 1849, Sirey, 49, II, 681, et Dalloz, 50, II, 22.

Il faut en dire autant, à notre avis, et par les mêmes motifs, du droit de jouissance qui appartient au mari sur les biens propres de la femme, sous le régime de communauté, d'exclusion de communauté ou dotal. Là encore nous sommes en présence d'un droit de jouissance personnel qui ne peut être assimilé à un usufruit.[1]

668. — L'article 2118, en déclarant l'usufruit susceptible d'hypothèque, ajoute « *pendant le temps de sa durée* ». L'usufruit étant un droit viager, l'usufruitier ne peut conférer à ses créanciers, auxquels il donne son usufruit en garantie, des droits plus étendus qu'il n'a lui-même.

Cette solution est aussi simple que logique, lorsque l'usufruit s'éteint naturellement et par un mode que le créancier a dû prévoir, la mort de l'usufruitier ou l'expiration du temps fixé pour sa durée. Mais il peut s'éteindre par des modes exceptionnels, et dont quelques-uns dépendent de la volonté de l'usufruitier, la renonciation de l'usufruitier à ses droits, les abus de jouissance qu'il commet, la consolidation ; et nous avons à rechercher quel va être l'effet de ces modes d'extinction sur le droit des créanciers. Pour le faire, nous examinerons successivement ces trois modes, car la situation n'est pas la même pour chacun d'eux.

669. — Si l'usufruitier, après avoir hypothéqué son droit d'usufruit, y renonce, quelques auteurs soutiennent que les créanciers hypothécaires perdent tout droit par cette renonciation. La renonciation de l'usufruitier, disent-ils, éteint si bien le droit des créanciers que l'article 622 ne leur donne qu'une ressource, faire annuler cette renonciation au cas où elle est frauduleuse, du moins dans l'interprétation généralement donnée de ce texte : c'est donc que, hormis le cas de fraude, elle leur est opposable. D'ailleurs, lorsqu'un

— Aubry et Rau, VI, § 550 *bis*, texte et note 5, p. 84 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 379 ; Laurent, XXX, n°s 209-210. — *Contrà*, Duvergier, *De la Vente*, I, n° 213 ; Proudhon, *De l'Usufruit*, I, n°s 125 et 221.

[1] Laurent et Martou, *Op. et Loc. citat.*

droit n'existe plus, il ne peut rester grevé d'aucune charge.[1]

Telle n'est pas notre opinion. En permettant l'établissement d'une hypothèque sur le droit d'usufruit, le législateur a permis la création d'un droit réel, opposable à tous ; en constituant ce droit, l'usufruitier aliène au profit de son créancier hypothécaire le droit de disposition qui lui appartenait sur son usufruit, et il ne peut plus y renoncer, car toute renonciation serait faite en fraude des droits de ce créancier. Sans doute l'hypothèque ne peut plus subsister sur un droit qui n'existe plus, mais la question est précisément de savoir si la renonciation a pu éteindre le droit d'usufruit à l'égard du créancier hypothécaire, et nous ne le croyons pas. Quant à l'article 622, il est relatif non pas au créancier hypothécaire, qui a un droit spécial sur l'usufruit à lui donné en gage, mais aux créanciers chirographaires, vis-à-vis desquels la renonciation aura ou n'aura pas, suivant les circonstances, un caractère frauduleux, et qui devront par suite démontrer la fraude, ou, d'après une autre opinion, le préjudice qu'elle leur cause. Quant aux créanciers hypothécaires, nous croyons que la renonciation de l'usufruitier leur est purement et simplement inopposable et qu'elle n'empêche pas l'exercice de leur droit hypothécaire.[2]

670. — Les principes que nous venons de poser, en ce qui concerne la renonciation de l'usufruitier, vont nous servir à résoudre la seconde question, l'effet des abus de jouissance commis par l'usufruitier et assez graves pour entraîner la résolution judiciaire de son droit.

L'article 618, en autorisant le nu-propriétaire à provoquer la cessation de l'usufruit à raison des abus de jouissance de l'usufruitier, permet aux créanciers de celui-ci d'intervenir sur l'instance, et d'offrir la réparation des dégradations commises, et des garanties pour l'avenir. Mais il ne s'agit

[1] Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 734 ; Laurent, XXX, n° 212.

[2] Duranton, XIX, n° 262 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 891 ; Proudhon, *De l'Usufruit,* IV, n° 2071.

là que des créanciers chirographaires, comme il ne s'agissait que d'eux dans l'article 622, au cas de renonciation ; et, s'il existe des créanciers ayant hypothèque sur le droit d'usufruit, nous croyons que le nu-propriétaire devra les mettre en cause, dans l'instance en déchéance qu'il intente, et qu'il ne pourra y faire statuer que contradictoirement avec eux.

En effet, lorsqu'une hypothèque est constituée sur un usufruit et révélée aux tiers par l'inscription, le nu-propriétaire qui veut faire prononcer la résolution n'est plus en face d'un adversaire unique, mais de deux adversaires, entre lesquels le droit d'usufruit est démembré ; et la déchéance ne peut être valablement déclarée, à notre avis du moins, qu'en présence de ces deux ayants-droit à l'usufruit.[1]

671. — Au cas de consolidation, c'est-à-dire de réunion sur la même tête des qualités d'usufruitier et de nu-propriétaire, soit par héritage, soit par vente ou donation par le nu-propriétaire à l'usufruitier, ou par l'usufruitier au nu-propriétaire, nous retrouvons la même controverse que nous avons étudiée à propos de la renonciation par l'usufruitier à son droit.

D'après une première opinion, le droit du créancier hypothécaire s'éteint au moment de la consolidation. Le raisonnement est le même que pour la renonciation : l'usufruit s'éteint par la consolidation, aux termes de l'article 617, et l'hypothèque ne peut subsister sur un droit éteint. D'ailleurs le créancier hypothécaire n'en souffrira pas, car, lorsque son gage est perdu, il est en droit de demander le remboursement de sa créance ou un supplément d'hypothèque, et l'augmentation de valeur du patrimoine du débiteur, produite par l'acquisition de la nue propriété, permettra l'une ou l'autre de ces deux solutions.[2]

[1] *Compar.* en sens divers sur cette question : Proudhon, *De l'Usufruit,* V, n° 926 ; Laurent, VII, n° 16 ; Demolombe, *Cours de Code civil,* X, n° 750 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 926.

[2] Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 734.

Là encore, nous croyons que ce mode d'extinction ne peut nuire au créancier hypothécaire, ou, en d'autres termes, que la consolidation n'existera pas vis-à-vis de lui, et qu'il pourra faire saisir et vendre l'usufruit, et s'en faire attribuer le prix par préférence. L'usufruitier ne peut, par aucun fait volontaire, porter atteinte au droit qu'il a concédé, pas plus en acceptant l'acquisition de la nue propriété qu'en renonçant à son droit d'usufruit. Cette solution s'impose plus encore pour la consolidation, qui, à proprement parler, n'éteint pas l'usufruit, mais constitue un obstacle à la continuation de son exercice; et cet obstacle ne peut pas être apporté à l'encontre de droits régulièrement acquis.[1]

672. — Si l'usufruitier et le nu-propriétaire s'entendent pour vendre ensemble leurs droits, par un seul et même prix et sans distinction entre la part afférente à la nue propriété et celle afférente à l'usufruit, on doit décider, avec un arrêt de la Cour de Paris,[2] que le créancier ayant hypothèque sur l'usufruit a le droit de faire déterminer, par ventilation, la part revenant à l'usufruit dans le prix de la vente. La raison de décider est la même que dans les hypothèses que nous venons d'examiner : l'usufruitier ne peut nuire par aucun acte aux droits du créancier hypothécaire, pas plus par le mode de vente de son droit que par la renonciation qu'il y ferait.

La solution serait la même si, au lieu d'une vente amiable, on se trouvait en présence d'une expropriation forcée poursuivie par un créancier qui serait créancier à la fois de l'usufruitier et du nu-propriétaire, et qui aurait exproprié et fait vendre l'immeuble soumis à un usufruit, sur un prix unique.

673. — Si le droit d'usufruit est susceptible d'hypothèque, il n'en est pas de même des droits d'usage et d'habi-

[1] Duranton, XIX, n° 262 ; Proudhon, *De l'Usufruit,* IV, n° 2071 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 891 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 383 ; Laurent, VII, n° 58 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 924.

[2] 2 février 1832, Sirey, 32, II, 301.

tation. L'article 2118 ne les mentionne pas, et il ne devait pas les mentionner, car, d'après les articles 631 et 634, ces droits tout personnels ne peuvent être cédés, et, étant inaliénables, ils ne peuvent être hypothéqués.[1]

On en doit dire autant des servitudes, dont l'article 2118 omet aussi à dessein l'indication parmi les biens « *seuls* » susceptibles d'hypothèque qu'il énumère. La question était controversée en droit romain,[2] mais elle ne peut l'être en droit français, avec le texte formel de l'article 2118. Cette solution est d'ailleurs imposée par le caractère des servitudes, qui, si elles constituent un bien immobilier dans le commerce, ne sont qu'un bien accessoire, inséparable du fonds au profit duquel elles sont créées : on ne peut pas saisir et vendre une servitude sans saisir et vendre le fonds dont elle n'est qu'une qualité, et par suite on ne peut l'hypothéquer.[3]

674. — Sont encore insusceptibles d'hypothèques les actions réelles immobilières, en revendication, en réméré, etc... La raison en est que ces actions ne pouvant être saisies et expropriées ne peuvent être hypothéquées, puisque l'hypothèque, comme le privilège, a pour condition essentielle la possibilité pour le créancier de faire convertir la garantie qui lui est donnée en deniers, sur lesquels s'exercera son droit de préférence.[4]

[1] Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 403 ; Valette, *Des Privilèges et Hypothèques,* n° 128 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 384 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 379 ; Laurent, XXX, n° 213.

[2] *Voir* les éléments de la controverse dans Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 401.

[3] Valette, *Des Privilèges et Hypothèques,* n° 128 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 402 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 393 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 740 ; Laurent, XXX, n° 213.

[4] Grenoble, 24 janvier 1835, Dalloz, Répert. alphab., V° *Surenchère,* n° 35 ; Cassation, 14 avril 1847, Sirey, 47, I, 341, et Dalloz, 47, I, 217 ; Caen, 29 juin 1870, Sirey, 71, II, 29. — Persil, *Ré-*

Toutefois il importe, à notre avis, de ne pas confondre deux choses, l'action immobilière, qui ne peut pas être hypothéquée, comme nous venons de le dire, et l'immeuble qu'elle a pour objet, et qui, lui, peut être hypothéqué conditionnellement, sous la condition qu'il rentre dans le patrimoine du débiteur par l'effet de l'action appartenant à celui-ci. En effet, comme nous le verrons avec l'article 2125, ceux qui ont sur un immeuble un droit conditionnel peuvent consentir une hypothèque soumise à la même condition.

Déjà nous avons examiné ce point en ce qui concerne le vendeur à réméré, et nous avons essayé d'établir le droit qui lui appartient de concéder une hypothèque, contrairement à la décision de certains arrêts et à l'opinion de MM. Aubry et Rau.[1]

Nous retrouverons la question se posant d'une manière plus générale et nous l'examinerons en étudiant l'article 2125.

675. — Dans notre droit actuel, l'hypothèque ne peut pas être donnée en hypothèque.

C'est là une innovation. En droit romain, le *pignus pignoris* était admis, et sans examiner les effets controversés de la règle *pignus pignori dari potest*, nous constatons le caractère certainement licite de cette convention.[2]

Dans notre ancien droit, la règle *pignus pignori dari potest* était admise aussi, mais autrement entendue, en ce sens que si un débiteur, créancier hypothécaire, était collo-

gime hypothécaire, I, article 2118, n° 9 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 406 ; Valette, *Des Privilèges et Hypothèques,* n° 128 ; Aubry et Rau, III, § 259, texte et note 10, p. 126 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 395 ; Colmet de Santerre, IX, n° 78 *bis* IV ; Laurent, XXX, n° 219 ; Thiry, *Cours de droit civil,* IV, n° 448 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 944, — *Contrà,* Duranton, XVI, n° 409, et XXI, n° 7.

[1] *Voir* notre *Traité de la Vente,* II, n° 660, et les autorités qui y sont citées.

[2] *Voir* notamment le Titre *Si pignus pignori datum sit,* COD. (VIII, 24).

qué dans un ordre, ses propres créanciers pouvaient, en faisant des oppositions, se faire colloquer en *sous-ordre* suivant leur rang d'hypothèque.

Pothier explique très bien comment les choses se passaient :

« On peut, dit-il, définir le *sous-ordre*, le rang dans lequel « plusieurs créanciers d'un créancier opposant à la saisie « doivent être payés sur la somme pour laquelle ce créan- « cier, leur débiteur commun, a été utilement colloqué dans « le jugement d'ordre. On prend d'abord sur cette somme « les frais faits pour la poursuite, instruction et jugement « du sous-ordre. Sur le surplus de cette somme, chacun « des créanciers qui ont fait leur opposition en sous-ordre « avant que le décret ait été délivré, est payé de ce qui lui « est dû en principal, intérêts et frais, *selon le rang de l'hy-* « *pothèque* qu'il a sur les biens de ce créancier utilement « colloqué, leur débiteur commun ; et on suit à cet égard « les mêmes règles que pour l'ordre. »[1]

Notre droit moderne a rompu avec cette tradition, et l'article 775 du Code de procédure, tout en autorisant les créanciers à produire en sous-ordre sur la collocation de leur débiteur, supprime toute préférence entre eux dans cette collocation : « Le montant de la collocation du débi- « teur, dit ce texte, est distribué *comme chose mobilière*, « entre tous les créanciers inscrits ou opposants avant la « clôture de l'ordre. »

Il est probable, comme le remarque M. Valette,[2] que nos législateurs ont été amenés à supprimer l'hypothèque de l'hypothèque à raison des complications qu'elles amenaient dans le règlement des ordres, et de la confusion que les inscriptions en sous-ordre auraient produite dans notre régime hypothécaire.

L'hypothèque ne peut donc aujourd'hui être donnée en

[1] *Introduct. à la Cout. d'Orléans,* Tit. *Des criées,* § XVII, n° 141.

[2] *Des Privilèges et Hypothèques,* n° 128.

hypothèque par celui auquel elle appartient; mais il peut, d'abord, donner en nantissement sa créance hypothécaire;[1] puis nous aurons à voir, lorsque nous traiterons dans la troisième partie de ce *Traité*, de la *Transmission des hypothèques*, dans quelle mesure il peut donner son hypothèque elle-même en garantie au moyen de la subrogation ou de la cession.

676. — Quant aux immeubles par la détermination de la loi, il n'y en a plus que deux classes, les actions immobilisées de la Banque de France et les actions du canal du Midi, qui soient susceptibles d'hypothèque. L'article 16 du décret du 16 janvier 1808 porte que les actions de la Banque de France immobilisées sont soumises « aux lois de pri-« vilège et d'hypothèque, comme les propriétés foncières »; et l'article 13 du décret du 10 mars 1810, relatif à la propriété du canal du Midi, dispose que « les actions de la Com-« pagnie du canal du Midi, pour leur immobilisation, leur « inaliénabilité, leur disposition et jouissance, sont assimi-« lées en tout aux actions de la Banque de France. »

Il y en avait jadis une autre catégorie, les actions des canaux d'Orléans et du Loing, mais elle n'existe plus, le rachat de ces actions ayant été opéré aux termes des lois du 1er août 1860 et du 20 mai 1863.

Quant aux rentes sur l'Etat, elles peuvent bien être immobilisées, d'après les lois de budget de 1862 et de 1871, mais ces lois, en permettant l'immobilisation de ces valeurs, n'en autorisent pas l'hypothèque.

677. — Quant aux meubles, nous avons vu, avec les articles 2118 et 2119, qu'ils n'étaient pas susceptibles d'hypothèques dans notre droit actuel.[2] A cette règle, une exception importante a été apportée par la loi du 10 décembre 1874, complétée par celle du 10 juillet 1885, qui autorise l'hypothèque *conventionnelle* sur les navires. Le rapporteur de la loi de 1874 à l'Assemblée nationale, M. Grivart, expose

[1] *Voir* notre *Traité du Nantissement*, nos 90-92, et 111-120.
[2] *Suprà*, Tome II, no 646.

très bien dans le passage suivant de son *Rapport* les motifs de cette exception :

« Le principe que les meubles n'ont pas de suite par hy-
« pothèque est excellent, dit-il, parce que les meubles,
« d'une nature en général périssable, n'offrant pas de si-
« gnes certains d'identité, n'ayant pas d'assiette fixe, ne se
« prêtent à l'organisation d'aucun système de publicité.
« Or, sans publicité, l'hypothèque n'est pas un instrument
« de crédit utile ; elle n'est trop souvent qu'un danger pour
« le crédit, un piège pour la bonne foi des tiers. Mais que
« l'on conçoive une espèce particulière de meubles aussi
« facile à individualiser que les immeubles, à laquelle
« puisse d'ailleurs s'adapter un système de publicité aussi
« complet, aussi large et aussi sûr que celui qui fonctionne
« en matière immobilière, on chercherait vainement pour
« quels motifs, soit juridiques, soit économiques, il serait
« interdit de la faire participer au bénéfice de l'hypothèque.
« Or tel est le cas des navires ; la loi leur a donné, en même
« temps qu'un état civil, un domicile auquel ils restent unis
« dans le cours même de leurs pérégrinations les plus loin-
« taines. Avec de tels éléments, il est aisé de constituer la
« publicité hypothécaire, et, s'il en est ainsi, rien ne s'op-
« pose à ce que les navires puissent être hypothéqués. »[1]

Nous devons nous borner à signaler cette exception : les développements qu'entraînerait l'étude de l'importante matière de l'hypothèque maritime appartiennent au droit maritime, et non au droit civil qui forme l'objet unique de ce *Traité*.

678. — La matière des hypothèques fait naître, comme celle des privilèges,[2] d'importantes questions de droit international privé. Il y en a de spéciales à chaque classe d'hypothèques : de quelle loi peut naître l'hypothèque légale, aux jugements de quels pays s'attache l'hypothèque judi-

[1] *Rapport présenté le 21 mars 1874 à l'Assemblée nationale,* Dalloz, 75, IV, 64.

[2] *Suprà,* Tome II, n° 548 I.

ciaire, l'hypothèque conventionnelle peut-elle résulter d'actes passés dans un pays étranger, ces diverses questions se rattachent à la nature particulière de chaque hypothèque, et nous les examinerons en traitant de chacune d'elles.

Mais il y a pour les hypothèques en général certains principes communs de droit international que nous devons sinon discuter, nous n'écrivons pas un traité de droit international, du moins exposer : ces principes sont relatifs, soit à la constitution de l'hypothèque, soit à ses effets sur les biens qu'elle grève.

Au point de vue de la constitution de l'hypothèque, une première question se pose, que nous avons déjà signalée pour les privilèges : d'après quelle loi sont déterminés les biens qui peuvent en être grevés ? Or nous croyons que c'est la *lex rei sitæ* qui doit être seule appliquée, par le motif que cette question intéresse au plus haut degré le crédit public d'un pays : c'est ainsi que, d'après nous, on ne devrait pas admettre en France la validité d'une hypothèque consentie sur des meubles situés en France, la convention d'hypothèque fût-elle passée entre des étrangers et à l'étranger, par exemple la validité d'un mort-gage établi sur des meubles de France entre des Anglais.[1]

De même on ne pourrait pas constituer par convention une hypothèque générale dans un pays où, comme en France, la règle de la spécialité est de l'essence de l'hypothèque conventionnelle.[2]

Observons toutefois que, en ce qui concerne les navires, une très grave controverse naît sur le point de savoir si on devra appliquer, pour la constitution de l'hypothèque, la *lex rei sitæ*, la *loi du pavillon*, ou la *loi du port d'attache du navire*. Cet aspect particulier de la constitution d'hypothèque doit peut-être se résoudre par des raisons spéciales à la légis-

[1] Aubry et Rau, I, § 31, texte n° 3, lettre *a*, p. 100 ; Laurent, *Droit civil international*, VII, n° 369 ; Weiss, *Traité de droit international privé*, Liv. II, chap. IV, sect. III (2e édition, p. 615).

[2] Aubry et Rau, *Op. et Loc. citat.*

lation des navires, et nous n'entendons pas prendre parti dans cette controverse, que nous nous bornons à signaler.[1]

679. — Par la même raison, que le crédit public d'une nation est en jeu dans les lois de cette nature, nous pensons que les mesures de publicité prescrites pour l'acquisition ou la conservation des hypothèques, les règles concernant les droits des créanciers hypothécaires soit entre eux, soit à l'égard des tiers, enfin les règles relatives aux voies d'exécution que doit prendre le créancier hypothécaire, sont régies par la *lex rei sitæ*.[2]

Il en sera encore de même quant à la capacité nécessaire pour consentir ou pour acquérir une hypothèque.

680. — Aux termes des articles 2116 et 2117, les hypothèques dérivent de trois causes : de la loi, ce sont les hypothèques légales ; des jugements ou actes judiciaires, ce sont les hypothèques judiciaires ; enfin des conventions des parties, ce sont les hypothèques conventionnelles.

De ces hypothèques les unes sont générales et s'étendent sur tous les biens présents et à venir du débiteur : ce sont les hypothèques légales et les hypothèques judiciaires. Les autres au contraire ne s'étendent qu'à certains biens qui doivent être, à peine de nullité, déterminés par la convention et par l'inscription qui la révèle aux tiers : ce sont les hypothèques conventionnelles.

Nous étudierons ces diverses sortes d'hypothèques dans l'ordre où la loi s'en occupe, les hypothèques légales d'abord, puis les hypothèques judiciaires, et enfin les hypothèques conventionnelles.

681. — Au point de vue de la classification des hypothèques faite par le Code, en hypothèques légales et judiciaires, nous croyons, contrairement à l'opinion de MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes,[3] qu'il faut ranger parmi les

[1] *Voir* les autorités dans les divers sens, dans Weiss, *Traité du droit international privé,* Liv. II, chap. IV, sect. III (2e édition, p. 615-616).

[2] Aubry et Rau, Laurent et Weiss, *Op. et Loc. citat.*

[3] *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 962.

hypothèques *légales*, et non parmi les hypothèques *judiciaires*, celles que la loi autorise parfois les juges à constituer sur les biens d'un administrateur : telle est l'hypothèque que les juges, en nommant un administrateur provisoire à un aliéné dans les termes de la loi du 30 juin 1838, peuvent constituer sur tout ou partie des biens de ces administrateurs, conformément à l'article 34 de cette loi ; ou encore, au cas de déchéance de la puissance paternelle, l'hypothèque dont les tribunaux peuvent grever les biens du tuteur, conformément à l'article 10 de la loi du 24 juillet 1889.

Ces hypothèques ne sont pas, disons-nous, des hypothèques judiciaires. En effet, dans notre système législatif, l'hypothèque judiciaire n'est pas celle qui est constituée par le juge : le juge n'a pas le pouvoir d'en créer.[1] C'est, comme nous le verrons avec l'article 2123, celle qui « ré« sulte des jugements », celle qui s'attache, comme une conséquence nécessaire, à tout jugement de condamnation. Or tel n'est pas le caractère de l'hypothèque constituée en vertu des lois dont nous parlons, d'abord parce que le juge, qui fait un acte de juridiction gracieuse, ne prononce aucune condamnation, puis parce qu'il lui est loisible de déclarer qu'il y a ou non lieu à hypothèque.

Cette hypothèque est donc une véritable hypothèque légale, dans la constitution de laquelle le pouvoir judiciaire n'intervient que dans un seul but, pour dire si la loi doit être appliquée et dans quelle mesure elle doit l'être. Mais cette intervention du juge n'en change pas le caractère, c'est toujours de la loi qu'elle naît.

682. — Il résulte des explications que nous venons de présenter que cette seconde partie de notre *Traité*, consacrée aux *Règles spéciales aux hypothèques*, doit être divisée en trois chapitres :

Chapitre I. — *Des hypothèques légales ;*
Chapitre II. — *Des hypothèques judiciaires ;*
Chapitre III. — *Des hypothèques conventionnelles.*

[1] *Compar.* Laurent, XXX, nos 187 et 191.

CHAPITRE PREMIER

DES HYPOTHÈQUES LÉGALES.

683. — L'hypothèque légale est celle qui résulte de la seule disposition de la loi, sans qu'il y ait pour l'établir aucune manifestation de volonté ni de la part du débiteur, ni de la part du créancier : voilà pourquoi en droit romain, où elle est née, on l'appelait hypothèque *tacite*, parce qu'il n'y avait eu aucune volonté exprimée pour la constituer.[1]

La cause de l'hypothèque légale est la faveur qui s'attache à la condition de certains créanciers, soit parce qu'il s'agit de personnes incapables de défendre leurs intérêts, comme le mineur ou la femme mariée, soit parce qu'il s'agit de personnes morales dont les deniers, qui sont des deniers publics, doivent être protégés d'une manière spéciale, comme l'hypothèque de l'Etat ou des établissements publics sur les biens des comptables.

L'hypothèque légale se rapproche, par son origine, du privilège qui est, lui aussi, une cause de préférence donnée par la loi à certains créanciers, à raison du caractère éminemment favorable de leurs créances. On peut toutefois remarquer, avec MM. Aubry et Rau,[2] que le privilège est en général donné à raison de la qualité de la créance, abs-

[1] *Voir* au Digeste le Titre *In quibus causis pignus vel hypotheca tacite constituitur.* (XX, 2).

[2] III, § 264, texte, p. 200.

traction faite de la condition du créancier, tandis que l'hypothèque légale est donnée à raison de la condition du créancier, ou des rapports qui l'unissent au débiteur. Toutefois, cette différence n'existe pas toujours, et c'est ainsi que le privilège des gens de service, de l'article 2101, 4°, est donné à raison de la faveur qui s'attache à la personne des créanciers, comme l'hypothèque légale du mineur ou de la femme mariée.

684. — Les hypothèques légales ont pour la plupart leur origine, avons-nous dit, dans le droit romain, d'où elles étaient passées dans notre ancien droit, comme nous l'indiquerons en traitant de chacune d'elles.

Les rédacteurs de la loi du 11 Brumaire an VII, qui voulaient assurer d'une façon absolue en France le principe de la publicité des hypothèques, avaient, tout en maintenant les hypothèques légales, subordonné leur effet à la nécessité d'une inscription, qui ne produisait ses effets, d'après l'article 11, que sur les biens du débiteur situés dans l'arrondissement du bureau où était requise l'inscription.

Lors de la discussion du Titre *Des Privilèges et Hypothèques* au Conseil d'Etat, une très longue et très intéressante discussion s'éleva à propos du maintien ou de la suppression des hypothèques légales, ou, tout au moins, de la suppression soit de leur caractère de généralité, soit de la dispense d'inscription;[1] mais l'hypothèque légale finit par triompher des attaques très vives dont elle avait été l'objet, et elle fut maintenue avec son quadruple caractère d'hypothèque légale, existant de plein droit ; d'hypothèque générale, frappant les biens présents et à venir du débiteur ; d'hypothèque indéterminée, quant à la créance garantie, et d'hypothèque occulte, dispensée d'inscription : « Le Conseil adopte, en principe, que la sûreté de la femme ou du « mineur doit être préférée à celle des acquéreurs et des « prêteurs. »[2]

[1] Fenet, XV, p. 223-326.

[2] Séance du 19 Pluviôse an XII (9 février 1804), Fenet, XV, p. 325-326.

Depuis la promulgation du Code, toutes les fois qu'il s'est agi de la réforme de nos lois hypothécaires, la suppression sinon de l'hypothèque légale, au moins de ces deux attributs, qui la rendent si dangereuse pour le crédit, sa généralité et son caractère occulte, a été de nouveau remise en question.

Les développements que nous avons donnés à ce propos, dans l'introduction de ce *Traité*, nous dispensent d'entrer dans de longs détails pour exposer notre opinion sur cette question de législation, et nous la résumons de la manière suivante.

Nous croyons que les hypothèques légales doivent être maintenues : elles sont le complément de l'organisation, dans nos lois civiles, de la protection due aux incapables. La femme, dont la dot est remise au mari, le mineur ou l'interdit, dont la fortune va passer aux mains d'un tuteur, et qui ne peuvent prendre de précautions pour en assurer la conservation, la femme, à raison de son état de subordination, le mineur ou l'interdit, à raison de leur incapacité, ont droit que la loi vienne à leur aide et stipule pour eux des garanties de restitution. Nous dirons la même chose des personnes morales dont la fortune, si nécessaire à la chose publique, est remise à des administrateurs qui peuvent la compromettre par incapacité ou par malhonnêteté.

Mais, si nous sommes partisan du maintien des hypothèques légales, nous croyons en même temps qu'il importe au crédit public, qu'il importe à la prospérité nationale qu'elles soient rendues publiques, et pour cela qu'elles soient : 1° spécialisées ; 2° inscrites. Nous avons indiqué,[1] et nous n'y revenons pas, comment cette spécialisation pourrait s'opérer, soit quant au chiffre de la créance garantie, soit quant aux biens grevés, et comment la publicité pourrait en être assurée, soit dans le régime hypothécaire définitif que nous appelons de tous nos vœux, soit dans le régime transitoire destiné à le préparer.

[1] *Suprà,* Tome I, nos 122 I et 128-130.

685. — Les droits et créances auxquelles les hypothèques légales sont attribuées sont les suivants, d'après l'article 2121 : ceux des femmes mariées, sur les biens de leur mari ; ceux des mineurs et interdits, sur les biens de leur tuteur, et enfin ceux de l'Etat, des communes et des établissements publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables.

De ces trois catégories d'hypothèques légales, les deux premières seules, comme nous le verrons, sont dispensées d'inscription, mais la troisième y est soumise.

Cette énumération n'est pas limitative, on le reconnaît généralement :[1] si l'article 2121 ne mentionne que ces trois catégories, c'est qu'elles sont les seules qui portent sur la généralité des immeubles du débiteur. Mais on doit reconnaître la qualité d'hypothèque légale à l'hypothèque qui est établie par la loi, en dehors de toute expression de volonté des parties ou de toute condamnation prononcée en justice, et cela sans avoir égard à la plus ou moins grande étendue de cette hypothèque.

En se plaçant à ce point de vue, on devra considérer comme des hypothèques légales, d'abord, celle établie au profit des légataires sur les immeubles de la succession par l'article 1017 du Code civil ; puis les privilèges, pour lesquels les formalités prescrites pour leur conservation n'ont pas été remplies, et qui, d'après l'article 2113, dégénèrent en hypothèques.

Il faudra encore voir des hypothèques légales, du moins dans la théorie que nous avons adoptée,[2] dans l'hypothèque établie soit sur tout ou partie des biens de l'administrateur provisoire de l'aliéné, aux termes de l'article 34 de la loi du 30 juin 1838, soit sur ceux du tuteur nommé au cas de déchéance de la puissance paternelle, conformément à l'article 10 de la loi du 24 juillet 1889.

[1] Toulouse, 23 décembre 1870, Sirey, 72, II, 41, et Dalloz, 72, V, 271. — *Voir* cependant Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 424.

[2] *Suprà*, Tome II, n° 681.

686. — On doit encore ranger parmi les hypothèques légales celle qui est donnée par la loi des 6-22 août 1791, Titre XIII, article 23, sur les immeubles des redevables, pour le paiement des soumissions faites en matière de douanes. M. Valette avait pensé que cette hypothèque était supprimée par l'article 56 de la loi du 11 Brumaire an VII, abrogeant les lois antérieures en matière hypothécaire.[1] Mais cette opinion a été à bon droit réfutée par MM. Aubry et Rau :[2] l'hypothèque de l'article 23 serait supprimée si, comme le pensait M. Valette, elle n'était que la conséquence des anciens principes sur l'effet des actes authentiques, qui emportaient de plein droit hypothèque, en dehors de toute stipulation. Mais tel n'est pas le caractère de cette hypothèque, qui est une hypothèque légale, donnée par une loi spéciale sur les immeubles des redevables et sur ceux des comptables ; et on doit tenir pour certain qu'elle a survécu à l'abrogation des lois antérieures écrite dans l'article 56 de la loi générale du 11 Brumaire an VII, et dans l'article 7 de la loi du 30 Ventôse an XII.

687. — La question de savoir quel est le caractère exact du droit que l'article 490 du Code de commerce, au cas de faillite, et l'article 4 de la loi du 4 mars 1889, au cas de liquidation judiciaire, accordent à la masse des créanciers du failli ou du liquidé, a soulevé de vives controverses, dans la discussion desquelles nous ne voulons pas entrer, s'agissant d'une question de droit commercial : nous allons nous borner à indiquer ce que l'on a discuté, et les solutions qui nous semblent devoir être adoptées de préférence.

On a soutenu d'abord, avant et même depuis la loi du 28 mai 1838, que l'article 490 ne donnait pas d'hypothèque à la masse des créanciers du failli, et ne prescrivait d'inscription que dans le but de donner une publicité plus grande à l'état de faillite. Contestable déjà sous l'empire du Code

[1] *Revue de Droit français et étranger,* 1847, p. 841, et *Mélanges de Droit,* I, p. 327-328.

[2] III, § 264 *quater,* texte et note 10, p. 250.

de commerce de 1807, bien qu'elle fût alors prédominante, cette opinion nous semble aujourd'hui absolument proscrite par les articles 490 et 517 nouveaux de la loi de 1838, et par l'article 4 de la loi du 4 mars 1889. L'article 490 impose aux syndics l'obligation de prendre inscription, d'abord, sur les immeubles du débiteur du failli pour lesquels cette formalité aurait été omise, puis sur les immeubles du failli, au nom de la masse des créanciers ; et l'article 517 ajoute que « l'homologation (du concordat) conservera à chacun « des créanciers sur les immeubles du failli *l'hypothèque* « inscrite en vertu du 3e paragraphe de l'article 40 ». C'est donc bien une hypothèque que ce texte confère à la masse des créanciers.

Ajoutons que cette interprétation, généralement admise aujourd'hui,[1] est corroborée par l'article 4 de la loi de 1889 sur la liquidation judiciaire, qui porte que les liquidateurs sont tenus de requérir « les inscriptions *d'hypothèques* men- « tionnées en l'article 490 du Code de commerce » ; il y a donc deux classes d'hypothèques énumérées dans l'article 490, la première sur les immeubles des débiteurs hypothécaires du failli, et la seconde, au profit de la masse sur les immeubles du failli.

688. — Ce premier point acquis, l'hypothèque existant au profit de la masse est-elle légale ou judiciaire ? Pour soutenir qu'elle est judiciaire, on a dit qu'elle procédait non de la seule force de la loi, mais de divers jugements, le jugement déclaratif de faillite et le jugement qui nomment les syndics, qui permettent aux syndics de l'inscrire, et le jugement d'homologation du concordat, qui la conserve.[2]

[1] Cassation, 29 décembre 1858, Sirey, 59, I, 209, et Dalloz, 59, I, 102; Paris, 24 avril 1861, Sirey, 61, II, 440 ; Besançon, 16 avril 1862, Sirey, 62, II, 283, et Dalloz, 62, II, 85 ; Dijon, 5 août 1862, Sirey, 62, II, 544, et Dalloz, 62, II, 149 ; Paris, 27 mai 1865, Sirey, 65, II, 227, et Dalloz, 65, II, 174. — Aubry et Rau, III, § 264, texte et note 11, p. 203-204 ; Lyon-Caen et Renault, *Précis de Droit commercial,* II, n° 2075.

[2] Valette, *Revue de Droit français et étranger,* 1849, p. 979, et

Nous croyons que cette opinion doit être rejetée : comme nous l'avons déjà dit et comme nous le verrons avec l'article 2123, l'hypothèque judiciaire est celle qui s'attache aux jugements prononçant une condamnation, pour en assurer l'exécution ; et tel n'est pas le caractère des divers jugements rendus en matière de faillite, jugements qui émanent de la juridiction gracieuse et qui ne prononcent aucune condamnation. L'hypothèque est donc bien une hypothèque légale, puisqu'elle naît de la seule force de la loi, bien qu'elle n'en naisse que sous la condition que les jugements dont nous venons de parler, et qui constatent ou réglementent l'état de faillite, soient prononcés par les tribunaux.[1]

689. — Si l'hypothèque de la masse est une hypothèque légale comme nous venons de l'admettre, elle diffère notablement des hypothèques légales de l'article 2121 à deux points de vue, quant aux biens qu'elle frappe, et quant aux formalités nécessaires à sa conservation.

Au point de vue des biens grevés, tandis que les hypothèques légales de l'article 2121 s'étendent sur tous les biens présents et à venir du débiteur, l'hypothèque de l'article 490 du Code de commerce ne grève que les biens dont le failli est propriétaire lors du jugement déclaratif de faillite, ou qui lui adviendront jusqu'au concordat,[2] ou jusqu'à la dissolution de l'union, c'est-à-dire tant que dure l'état de faillite.[3]

Mélanges de Droit, I, p. 381. — *Sic,* Dijon, 5 août 1862, Sirey, 62, II, 544. — *Compar.* Paris, 27 mai 1865, Sirey, 65, II, 227.

[1] Aubry et Rau, III, § 264, texte et note 12, p. 204 ; Bravard Veyrières et Demangeat, *Droit commercial,* V, p. 309.

[2] Aubry et Rau, III, § 264, texte et note 14, p. 204. — *Contrà,* dans le sens de l'extension aux immeubles acquis postérieurement au concordat, Paris, 27 mai 1865, Sirey, 65, II, 227, et Dalloz, 65, II, 174.

[3] Bravard Veyrières, *Droit commercial,* V, p. 448-449 ; Aubry et Rau, III, § 264, texte et note 15, p. 205. — *Contrà,* Dijon, 5 août 1862, Sirey, 62, II. 544, et Dalloz, 62, II, 149. — Demangeat, sur Bravard, *Op. et Loc. citat., Note.*

Au point de vue des formalités de conservation de cette hypothèque, il paraît bien résulter des termes de l'article 490 du Code de commerce qu'elle n'existe qu'à la condition d'une inscription *spéciale* sur chacun des immeubles qui peuvent en être grevés, à la différence des hypothèques de l'article 2121, qui sont à la fois générales et dispensées d'inscription. L'article 490 porte en effet que les syndics seront tenus de prendre inscription « sur les immeubles du « failli dont ils connaîtront l'existence », ce qui indique nettement la nécessité d'une inscription spéciale.[1]

690. — On doit encore ranger parmi les hypothèques légales les privilèges immobiliers qui, faute d'inscription ou de renouvellement de l'inscription en temps utile, sont dégénérés en hypothèque, par application de l'article 2113. Tels sont les privilèges du copartageant, de l'architecte ou entrepreneur, et du Trésor public sur les biens des comptables.

691. — Il en sera de même encore de l'hypothèque accordée aux légataires sur les immeubles de la succession par l'article 1017.

L'opinion contraire a été soutenue, il est vrai, par MM. Aubry et Rau,[2] d'après lesquels les légataires n'auraient aucune hypothèque légale sur les immeubles héréditaires. Après avoir rappelé les controverses qui existaient sur ce point dans notre ancien droit, ils font remarquer que l'article 1017 n'accorde pas cette hypothèque légale, mais, *supposant* son existence, en détermine la nature. C'est au titre *Des Hypothèques* que la question de l'existence de cette hypothèque devait être résolue, et, comme aucun texte ne l'accorde, qu'elle ne figure pas dans la nomenclature de l'article 2121, on en doit conclure que les rédacteurs du Code n'ont pas entendu la laisser subsister.

[1] Aubry et Rau, III, § 264, texte et note 16, p. 205 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1001 ; Bravard Veyrières, *Droit commercial,* V, p. 449. — *Contrà,* Demangeat, sur Bravard Veyrières, *Op. et Loc. citat., Note.*

[2] VII, § 722, texte et note 24, p, 493-496.

Cette opinion n'a pas réussi, et, à notre avis, elle ne devait pas réussir. L'article 1017, en déclarant que les héritiers ou autres débiteurs d'un legs en sont tenus « *hypothé-* « *cairement* » ne suppose pas, il dispose, il établit au profit des légataires un droit hypothécaire. Si l'on ajoute à cet argument de texte qui paraît décisif, que cette hypothèque était accordée dans notre ancien droit, et que les rédacteurs du Code n'ont fait que maintenir la tradition, l'existence de l'hypothèque des légataires paraît bien démontrée.[1]

Toutefois cette hypothèque diffère à un double point de vue de celles de l'article 2121. D'abord elle n'est pas dispensée d'inscription, et ne prend rang qu'à dater du jour de l'inscription, conformément à la règle générale de l'article 2134, à laquelle aucune dérogation n'est apportée en ce qui concerne l'hypothèque des légataires. Puis elle ne peut pas être réduite parce qu'elle porterait sur plus de biens qu'il n'est nécessaire pour la conservation du legs : c'est du moins l'interprétation qui nous paraît devoir être donnée de l'article 2161, comme nous le dirons en étudiant ce texte.[2]

692. — Au point de vue du conflit des lois, peu de questions sont plus discutées que celle de savoir si l'hypothèque légale ne peut exister qu'au profit des nationaux, ou si au contraire elle appartient aux incapables de nationalité étrangère ; si, par exemple, le mineur ou la femme mariée, de nationalité étrangère, ont une hypothèque légale sur les biens du tuteur ou du mari situés en France.

[1] Toulouse, 23 décembre 1870, Dalloz, 72, V, 271 ; Rennes, 21 mai 1875, sous Cassation, 22 janvier 1879, Dalloz, 79, I, 121 ; Bordeaux, 5 mai 1887, Sirey, 90, II, 124, et Dalloz, 89, II, 7. — Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 432 *ter* ; Demolombe, *Cours de Code civil,* XXI, n°s 673-674 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 424 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 124 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 966.

[2] Angers, 23 juillet 1880, Sirey, 81, II, 15. — *Contrà,* Rennes, 21 mai 1875, sous Cassation, 22 janvier 1879, Sirey, 80, I, 252.

L'opinion la plus accréditée dans la doctrine et dans la jurisprudence, et qui nous paraît la plus conforme aux principes de notre matière, décide que l'hypothèque légale n'appartient qu'aux incapables ayant la qualité de nationaux, et qu'elle doit être refusée aux étrangers.

Les raisons de le décider ainsi sont, à notre avis, les suivantes.

L'hypothèque légale est essentiellement de droit positif : elle se rattache à l'organisation de la famille, comme cette organisation est comprise dans chaque Etat, et bien loin d'avoir le caractère d'universalité auquel se reconnaissent les institutions de droit naturel, elle n'existe pas dans un certain nombre de grandes nations, l'Angleterre, l'Autriche, la Russie : elle ne peut donc être accordée qu'aux nationaux, ou, en France, aux étrangers admis à la jouissance de nos droits civils.

D'ailleurs le fait du mariage de l'étrangère ou de la tutelle du mineur étranger sont, la plupart du temps, absolument inconnus en France, et l'existence de ces hypothèques serait de nature à léser les intérêts français.

On peut encore ajouter avec M. Thézard que l'hypothèque *légale* ne peut grever les immeubles d'une nation qu'en vertu des lois propres de cette nation : la loi étrangère, qui crée l'hypothèque que l'on voudrait exercer, n'a pas d'autorité en dehors des limites de l'Etat pour lequel la loi a été faite.

On doit donc conclure que ni la femme étrangère, ni le mineur étranger, ni, à plus forte raison, les établissements publics étrangers n'auront d'hypothèque légale sur les biens du mari, du tuteur ou de l'administrateur situés en France.[1]

[1] Amiens, 18 août 1834, Sirey, 35, II, 81 ; Rennes, 30 août 1845, Sirey, 45, II, 606, et Dalloz, 46, II, 164 ; Gand, 4 juin 1846, Dalloz, 46, II, 213 (Arrêts relatifs au mineur). — Liège, 16 mai 1823, Sirey, C. N., VII, II, 212 ; Douai, 24 juin 1844, Sirey, 44, II, 239 ; Bordeaux, 14 juillet 1845, Sirey, 46, II, 394, et Dalloz, 46, II, 163 ; Cassation, 20 mai 1862, Sirey, 62, I, 673, et Dalloz, 62, I, 201 ; Gre-

693. — Une exception doit être apportée pour le cas où des traités autorisent, par voie de réciprocité diplomatique, l'exercice des hypothèques légales entre les pays contractants.

Il en est ainsi entre la France et la Turquie, aux termes d'un protocole du 9 juin 1868,[1] et entre la France et la Suisse, d'après un traité du 30 mai 1827, applicable seulement aux cantons de Suisse qui y ont adhéré.[2] La jurisprudence admet aussi, bien que la question soit controversée en doctrine, que cette réciprocité quant à l'exercice de l'hypothèque légale est établie entre la France et les anciens Etats sardes par un traité du 24 mars 1760.[3]

Mais nous ajouterons, avec l'arrêt de la Cour de cassation du 5 novembre 1878, que si la femme étrangère est autorisée par un traité à exercer son hypothèque légale en France, elle ne pourra l'exercer que suivant les formes et les conditions prescrites par la loi française. Comme nous l'avons dit, en effet, en parlant de l'hypothèque en général, au point de vue du droit international, c'est la *lex rei sitæ*

noble, 23 avril 1863, Sirey, 63, II, 124, et Dalloz, 63, II, 186 ; Cassation, 5 février 1872, Sirey, 72, I, 190, et Dalloz, 73, I, 76 ; Cassation, 5 mars 1884, Sirey, 84, I, 273, et Dalloz, 84, I, 205 ; Paris, 13 août 1889, Dalloz, 90, II, 161 ; Alger, 25 mars 1895, Sirey, 96, II, 299, et Dalloz, 96, II, 231 (Arrêts relatifs à la femme mariée). — Grenier, *Des Hypothèques,* I, n°s 246-247 ; Demolombe, *Cours de Code civil,* I, n° 88 ; Aubry et Rau, I, § 304, note 62, et § 307, note 65 ; Colmet de Santerre, IX, n° 81 *bis.* — *Contrà,* en sens divers, Merlin, Répert., V° *Remploi,* § II ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 513 *ter* ; Rodière et Pont, *Du Contrat de Mariage,* I, n° 174 ; Valette, *Des Privilèges et Hypothèques,* n° 139 ; Laurent, XXX, n°s 252 et suiv.; Weiss, *Droit international privé,* Tit. II, sect. III, § 1.

[1] Paris, 13 août 1889, Dalloz, 90, II, 161.

[2] Paris, 19 août 1851, Sirey, 53, II, 117, et Dalloz, 54, II, 13.

[3] Grenoble, 19 juillet 1849, Sirey, 50, II, 261, et Dalloz, 51, II, 10 ; Grenoble, 29 mars 1855, Sirey, 56, II, 484 ; Grenoble, 27 août 1855, Sirey, 56, II, 489 ; Cassation, 5 février 1872, Dalloz, 73, I, 76; Cassation, 5 novembre 1878, Dalloz, 78, I, 476. — *Contrà,* Aubry et Rau, III, § 264, texte et note 2, p. 200.

qui doit régler les droits hypothécaires, qu'il s'agisse de leur constitution ou de leur mode d'exercice.[1]

694. — A la règle que nous venons de poser, et d'après laquelle les incapables d'une nation n'ont pas d'hypothèque sur les biens situés dans le territoire d'une autre nation, une seconde exception doit être apportée, dont nous avons déjà parlé : les étrangers admis à jouir en France des droits civils pourront y exercer l'hypothèque légale que leur donne leur loi nationale ; par exemple, la femme étrangère dont le mari aura obtenu cette autorisation. C'est l'application de l'article 13, aux termes duquel l'étranger autorisé à établir son domicile en France y jouit de tous les droits civils.[2]

695. — Les hypothèques légales de l'article 2121 sont générales, et, aux termes de l'article 2122, grèvent d'abord les biens présents du débiteur, c'est-à-dire ceux qu'il possède au moment où naît sa dette, à l'époque de l'ouverture de la tutelle, du mariage ou de la nomination aux fonctions emportant hypothèque ; elle s'étend ensuite « aux biens qui « pourront appartenir au débiteur dans la suite », à quelque titre qu'il les acquière au cours du mariage, de la tutelle, ou des fonctions qui lui ont été conférées.

Les hypothèques légales grèvent non seulement les biens que le mari, le tuteur ou le comptable pourra acquérir pendant le cours de l'état ou des fonctions auxquels l'hypothèque est attachée, mais aussi les biens qu'il acquerra plus tard, après la cessation de cet état ou de ces fonctions. La loi ne distingue pas, et l'article 2122 porte que le créancier peut exercer son droit « sur tous les immeubles apparte- « nant à son débiteur, et sur ceux qui pourront lui appar- « tenir *dans la suite* », sans distinguer entre les immeubles

[1] *Suprà,* Tome II, nos 678-679.

[2] Bordeaux, 14 juillet 1845, Dalloz, 46, II, 163 ; Alger, 21 mars 1860, Sirey, 61, II, 65, et Dalloz, 62, I, 201 ; Alger, 31 janvier 1868, sous Cassation, 5 février 1872, Sirey, 72, I, 590 ; Douai, 29 décembre 1881, sous Cassation, 4 mars 1884, Sirey, 84, I, 273 ; Alger, 25 mars 1895, Sirey, 96, II, 299, et Dalloz, 96, II, 381.

acquis avant ou après la cessation de l'état ou des fonctions du débiteur. D'ailleurs, comme le dit très bien M. Valette, l'hypothèque légale de l'article 2121 doit produire tous les effets que produirait une hypothèque générale, si on pouvait valablement la stipuler ; et cette hypothèque grèverait tous les biens du débiteur, quelle que fût l'époque de leur acquisition.[1]

696. — Au cas d'échange fait par une personne soumise à l'une des hypothèques légales de l'article 2121, l'immeuble qu'elle acquiert en échange va être grevé de cette hypothèque, mais l'immeuble qu'elle cède y demeure affecté.

Telle était la solution suivie dans notre ancien droit, au cas d'hypothèque conventionnelle portant sur les biens présents et à venir : « Si un débiteur avait hypothéqué tous ses « biens présents et à venir, dit Domat, l'hypothèque s'éten- « drait aux deux héritages. »[2] Cette solution est rigoureusement commandée par les principes, dans le droit nouveau comme dans le droit ancien : l'immeuble acquis en échange est frappé de l'hypothèque légale, car c'est un immeuble que le débiteur acquiert, et tous les immeubles qu'il acquiert y sont soumis. Quant à l'immeuble par lui cédé, il a été atteint par l'hypothèque légale au moment de son passage dans le patrimoine du débiteur, et l'hypothèque une fois établie ne peut s'éteindre par d'autres causes que par les modes d'extinction déterminés par la loi.[3]

[1] Cassation, 17 juillet 1844, Sirey, 44, I, 641 ; Lyon, 23 novembre 1850, Sirey, 51, II, 87, et Dalloz, 51, II, 241 ; Lyon, 3 juillet 1867, sous Cassation, 24 mai 1869, Sirey, 69, I, 345, et Dalloz, 69, I, 276. — Demolombe, *Cours de Code civil,* VIII, nos 38 et suiv. ; Valette, *Des Privilèges et Hypothèques,* n° 137 ; Aubry et Rau, III, § 264, texte et note 3, p. 201 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 509.

[2] *Les Lois civiles,* Liv. III, Tit. I, sect. I, n° 12.

[3] Cassation, 9 novembre 1815, Sirey, C. N., V, I, 110 ; Riom, 6 décembre 1848, Sirey, 49, II, 147, et Dalloz, 49, II, 140 ; Bourges, 30 juillet 1853, Sirey, 55, II, 586, et Dalloz, 56, II, 205 ; Toulouse, 13 février 1858, Sirey, 61, I, 67, et Dalloz, 58, II, 156 ; Cassation,

697. — Si l'hypothèque légale s'étend à tous les immeubles que le débiteur pourra acquérir, même après qu'il n'est plus mari, tuteur ou comptable, elle ne grève pas les immeubles de ses héritiers, même lorsqu'ils ont accepté purement et simplement sa succession.

Sur cette question comme sur la précédente, la tradition historique est en ce sens :

« Générale hypothèque de tous biens, dit Loysel, com-
« prend les biens présents et à venir, *et non ceux des hoirs.* »[1]

On ne comprendrait pas d'ailleurs comment l'hypothèque légale, qui n'est qu'une conséquence attachée par la loi au fait du mariage, de la tutelle ou des fonctions de comptable, pesât sur les biens des héritiers qui n'ont jamais été maris, tuteurs ou comptables. Lorsqu'une personne a eu l'une ou l'autre de ces qualités, on conçoit que l'hypothèque légale atteigne même les biens qu'elle acquiert après la cessation de l'état ou de la fonction ; en effet, du moment où elle n'a pas rempli les obligations qui en découlaient, il est juste que les biens qu'elle acquiert, n'importe à quelle époque, en assurent l'accomplissement. Au contraire, il serait excessif d'atteindre les biens d'héritiers qui n'ont fait aucun acte d'administration de la fortune des incapables que la loi veut protéger.[2] C'est d'ailleurs ce qui résulte de l'article 2122, qui, en déclarant que le créancier a hypothèque sur tous les immeubles « *appartenant à son débiteur* », exclut par

11 février 1867, Sirey, 67, I, 111, et Dalloz, 67, I, 465. — Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 434 *bis* ; Aubry et Rau, III, § 264, texte et note 4, p. 201 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 515. — *Contrà,* Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 206. — *Compar.,* au cas d'annulation de l'échange pour cause de fraude aux créanciers, Bordeaux, 27 janvier 1891, Dalloz, 92, II, 464. — *Adde,* en ce qui concerne l'échange des biens du mari, *Infrà,* Tome II, n° 807.

[1] *Institut. coutum.,* Liv. III, Tit. VII, Règle 21.

[2] Demolombe, *Cours de Code civil,* VIII, n° 33 ; Valette, *Des Privilèges et Hypothèques,* n° 133 ; Aubry et Rau, III, § 264, texte et note 5, p. 201 ; Colmet de Santerre, IX, n° 81 *bis* IV.

cette formule les immeubles appartenant aux héritiers du débiteur.

698. — L'hypothèque légale frappe les biens à venir du débiteur au moment où celui-ci les acquiert. Même dans le cas où l'acte d'acquisition serait sujet à transcription, comme un acte d'acquisition à titre onéreux ou une donation, le bien acquis sera grevé de l'hypothèque légale au moment même de l'acquisition, bien que le titre ne soit pas encore transcrit. Cette solution est imposée par les principes sur l'effet des contrats dans notre droit moderne : la translation de propriété s'opérant aujourd'hui par le seul effet de l'accord des volontés, les ayants-cause de l'acquéreur sont immédiatement investis d'un droit sur ce bien qui est devenu le sien.

Mais il faut apporter à cette proposition un correctif que commande la règle d'après laquelle, à l'égard des tiers, l'ancien propriétaire n'est dépouillé de la propriété de son immeuble que par la transcription : jusque là, les tiers qui auront acquis des droits du chef du vendeur ou du donateur pourront les faire valoir sans tenir compte des hypothèques légales provenant du nouvel acquéreur, qui ne leur seront pas opposables.

Par application des mêmes principes, les immeubles que le débiteur aura vendus ou donnés avant le mariage, la déclaration de la tutelle, ou son entrée en fonctions comme comptable, mais sans que la vente ou la donation ait été transcrite, seront grevés de l'hypothèque légale : vis-à-vis du créancier hypothécaire, qui a un droit sur l'immeuble, le nouvel acquéreur dont le titre n'est pas transcrit est sans qualité.[1]

699. — Si le débiteur dont les biens sont soumis à l'hypothèque légale de l'article 2121 est propriétaire sous condition suspensive, par exemple vendeur à réméré, avant

[1] Aubry et Rau, III, § 264, texte et notes 6 et 7, p. 201-202, et II, § 209, Lettre c, p. 306 et suiv.

l'époque à laquelle l'hypothèque a pris naissance, et que la condition se réalise postérieurement à cette époque, les immeubles ainsi rentrés dans son patrimoine seront grevés de l'hypothèque du jour du mariage, de la tutelle, ou de l'acceptation des fonctions publiques. Nous avons vu en effet, en traitant des conséquences de la clause de réméré, que cette clause opère rétroactivement,[1] et cette rétroactivité, qui n'est qu'une application de l'article 1179, gouverne tous les contrats conditionnels.[2]

Mais cette rétroactivité n'existe que si le réméré est exercé par le vendeur lui-même ; s'il cède à un tiers son droit de réméré et que le cessionnaire l'exerce, les créanciers à hypothèque légale du vendeur n'auront aucun droit sur l'immeuble entré par l'effet du réméré dans le patrimoine du cessionnaire. Ce résultat, en contradiction apparente avec la solution que nous venons de donner, se justifie par le motif suivant : lorsque le vendeur a cédé son droit de réméré, il s'est dépouillé d'une manière définitive de la propriété de l'immeuble. Le droit qu'il cédait n'était pas susceptible d'hypothèque, puisqu'il ne rentre pas dans l'énumération limitative de l'article 2118,[3] et l'immeuble objet du réméré n'était pas dans son patrimoine, mais seulement le droit de l'y faire rentrer, droit cédé à un tiers et exercé par celui-ci, pour son compte exclusif.[4]

700. — Les rédacteurs du Code ont essayé de remédier, dans une certaine mesure, aux inconvénients résultant pour le crédit de la généralité des hypothèques légales de l'article 2121 : pour cela ils ont fait deux choses.

D'abord, les articles 2140 et 2141 permettent, lors de la

[1] *Voir* notre *Traité de la Vente,* II, nos 676-677.

[2] Aubry et Rau, III, § 264, texte et note 8, p. 202.

[3] *Suprà,* Tome II, n° 674.

[4] Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 434 *bis* ; Aubry et Rau, *Op. et Loc. citat.* ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 516. — *Compar.* Cassation, 21 décembre 1825, Sirey, C. N., VIII, I, 243.

rédaction du contrat de mariage ou de la délibération du conseil de famille qui nomme le tuteur, de restreindre l'hypothèque à certains immeubles du mari ou du tuteur. Mais cette faculté n'existe pas pour l'hypothèque légale sur les biens des comptables, pour laquelle aucun texte n'introduit d'exception analogue à celle des articles 2140 et 2141.

En second lieu, toutes les hypothèques légales de l'article 2121 peuvent être réduites judiciairement, lorsqu'elles s'étendent à plus de biens qu'il n'est nécessaire à la sûreté des créances. Cette faculté de réduction, spécialement organisée pour l'hypothèque des mineurs et celle des femmes mariées par les articles 2143 à 2145, est écrite pour toutes les hypothèques générales dans l'article 2161, par conséquent même pour l'hypothèque grevant les biens des comptables, du moins d'après l'interprétation généralement donnée à ce texte et sur laquelle nous reviendrons en étudiant la radiation et la réduction des inscriptions.

Il importe de remarquer, en ce qui concerne les hypothèques de la femme mariée et du mineur, que la réduction judiciaire ne peut s'ajouter à la réduction conventionnelle, mais que, aux termes de l'article 2143, les tribunaux ne peuvent réduire l'hypothèque que si elle ne l'a pas déjà été dans l'acte de nomination du tuteur ou dans le contrat de mariage.

701. — De leur côté, les rédacteurs du Code de commerce, frappés des inconvénients que présente dans les faillites l'hypothèque de la femme, qui absorbe souvent le plus clair de l'actif immobilier du failli, ont restreint cette hypothèque soit quant aux droits pour lesquels elle est accordée, soit quant aux biens sur lesquels elle porte. Cette double restriction, organisée dans les articles 563 et 564, a été inspirée par les deux idées suivantes : quant aux biens, l'hypothèque de la femme ne doit pas porter sur les immeubles acquis par le failli à titre onéreux, de manière que l'argent des créanciers ne serve pas à constituer le gage de la femme ; et, quant à ses causes, elle ne doit pas être accordée pour les avantages faits dans le contrat de mariage,

mais seulement pour les créances à titre onéreux de la femme, et encore à la condition que la légitimité en soit établie d'une manière indiscutable.

702. — Nous diviserons de la manière suivante nos explications sur les hypothèques légales :

I. — *De l'hypothèque légale des mineurs et des interdits ;*

II. — *De l'hypothèque légale des femmes mariées ;*

III. — *De l'hypothèque légale de l'Etat, des communes et des établissements publics.*

SECTION I

De l'hypothèque légale des mineurs et des interdits.

703. — En droit romain, à l'origine, les mineurs, les fous et les prodigues n'avaient, comme la femme mariée, qu'un privilège personnel, qui ne leur donnait de préférence qu'à l'encontre des créanciers chirographaires du tuteur ou curateur.[1]

Plus tard, on accorda aux mineurs une hypothèque tacite : le premier texte qui en fasse mention est une constitution de l'empereur Constantin, qui porte que les biens des tuteurs ou curateurs seront obligés comme s'il y avait eu contrat de gage, *tanquam pignoris titulo obligata*,[2] mais les interprètes discutent sur le point de savoir si c'est Constantin qui a réalisé cette innovation, ou si au contraire, comme cela paraît plus probable,[3] il ne s'est pas borné à rappeler une modification faite antérieurement aux droits hypothécaires du mineur.

Quant aux fous et aux prodigues, ils furent assimilés par Justinien aux mineurs et obtinrent comme eux une hypothèque tacite.[4]

[1] L. 17 à 22, D., *De reb. auctorit. judic. possid.* (XLII, 5); L. 52, § 1, D., *De pecul.* (XV, 1) ; L. 25, D., *De tutel. act.* (XXVII, 3).

[2] L. 20, Cod., *De administrat. tutor.* (V, 37).

[3] Voët, *Ad Pandect.*, Liv. XX, Tit. II, n° 19.

[4] L. 7, § 5 et 6, Cod., *De curat. furios. vel prodig.* (V, 70).

Notre ancien droit suivit les traditions du droit romain dans son dernier état :

« Les mineurs..., dit Loisel, ont hypothèque taisible et « privilégiée sur les biens de leurs tuteurs... du jour de la « tutelle. »[1]

De même Pothier, énumérant les créances pour lesquelles la loi accorde une hypothèque au créancier, « qui n'a pas « besoin par conséquent pour l'acquérir d'acte notarié ni « de jugement », indique « la créance des mineurs, des « interdits, etc..., pour le compte qui leur est dû, pour « laquelle ils ont hypothèque sur le bien de leurs tuteurs « et curateurs, du jour qu'a commencé la tutelle ou cura- « telle. »[2]

Cette hypothèque était admise même dans les pays de nantissement.[3]

704. — Dans le droit intermédiaire, la loi du 9 Messidor an III, qui, comme nous l'avons dit, avait créé d'une façon rigoureuse le principe de la publicité, devait supprimer les hypothèques légales ou tacites ; aussi l'hypothèque des mineurs et des interdits ne fut-elle pas conservée par elle.[4]

La loi du 11 Brumaire an VII admit au contraire les hypothèques légales, comme notre ancien droit, et en particulier l'hypothèque des mineurs et des interdits ; mais cette hypothèque devait être inscrite, comme les hypothèques conventionnelles. Observons toutefois que les inscriptions pouvaient ne désigner ni les biens grevés, ni le chiffre de la créance qu'elles avaient pour but de conserver.[5]

Nous avons vu, dans notre *Introduction*,[6] à quelle lutte la

[1] *Institut. coutum.*, Liv. III, Tit. V, Règle 15.

[2] *Introduct. à la Cout. d'Orléans*, Tit. XX, n° 18.

[3] En Belgique toutefois elle était généralement repoussée, ou dans tous les cas primée par les hypothèques établies dans la forme du Nantissement (Martou, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 753).

[4] *Suprà*, Tome I, n° 31.

[5] *Suprà*, Tome I, n° 37.

[6] *Suprà*, Tome I, n°s 39-41.

question du maintien ou de la suppression des hypothèques légales donna lieu dans la section de législation du Conseil d'Etat, et comment le principe de la loi de Brumaire an VII fut écarté, et l'hypothèque légale maintenue avec le caractère occulte qu'elle avait avant 1789.

Cette clandestinité, qui jette une si grande incertitude dans les transactions relatives à la propriété foncière, est l'objet de critiques générales, et, le jour où notre régime hypothécaire sera modifié, quelque système que l'on adopte, nous sommes convaincu que l'hypothèque légale ne sera pas maintenue avec ces deux caractères si dangereux d'hypothèque occulte et d'hypothèque indéterminée.

705. — Nous étudierons, à propos de l'hypothèque légale des mineurs et des interdits, les cinq questions suivantes :

§ I. — *A qui et contre qui cette hypothèque est donnée ;*

§ II. — *Des créances qu'elle garantit ;*

§ III. — *Des cas dans lesquels elle peut être restreinte ou réduite ;*

§ IV. — *De la date à laquelle elle prend naissance ;*

§ V. — *De ses modes d'extinction.*

§ I

A qui et contre qui est donnée l'hypothèque légale des mineurs et des interdits.

706. — L'hypothèque légale est accordée, d'après l'article 2121, « aux mineurs et interdits sur les biens de leur « tuteur », et l'article 2135 reproduit les mêmes expressions, lorsqu'il s'occupe de la date de cette hypothèque.

Des termes employés par notre loi il résulte que l'hypothèque est attachée au fait de la tutelle, c'est-à-dire de la gestion permanente et générale des biens de l'incapable, mineur ou interdit, en vertu d'une tutelle, c'est-à-dire d'un mandat régulier donné par la loi ou par le conseil de famille.

Ajoutons que pour l'interprétation de cette disposition on ne doit pas oublier que toute hypothèque légale, comme les causes de préférence en général, constituant une inégalité entre créanciers, doit s'appliquer restrictivement.

707. — Des principes que nous venons de poser découlent les conséquences suivantes.

L'hypothèque légale est donnée contre tout tuteur, aussi bien contre le tuteur de l'interdit légal que contre celui de l'interdit judiciaire ou du mineur : il s'agit dans tous les cas d'une tutelle, et les pouvoirs d'administration du tuteur de l'interdit légal sont les mêmes que ceux du tuteur de l'interdit judiciaire ; les garanties de cette administration doivent donc être les mêmes, comme le veut d'ailleurs la généralité des expressions des articles 2121 et 2135, qui vise la tutelle des interdits sans distinction.[1]

Elle est donnée contre le protuteur pour les biens de France ou des colonies, nommé au mineur en exécution de l'article 417, et contre le nouveau mari de la mère tutrice et maintenue dans la tutelle, devenu, aux termes de l'article 396, cotuteur des enfants du premier mariage de celle-ci. Le protuteur a, en effet, une gestion tutélaire indépendante, dont il est directement responsable de la même manière que le tuteur, et, quant au second mari, l'article 396 le déclare solidairement responsable de la gestion postérieure au mariage, par conséquent responsable au même titre et avec les mêmes garanties que la tutrice.[2]

[1] Pau, 19 août 1850, Sirey, 50, II, 587, et Dalloz, 51, II, 5. — Valette, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 142 ; Aubry et Rau, III, § 264, texte et note 10, p. 208 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 491 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 117 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1183.

[2] Duranton, III, n° 431, et XIX, n° 309 ; Valette, *Des Privilèges et Hypothèques,* n° 142 ; Demolombe, *Cours de Code civil,* VII, n°s 135 et 211 ; Aubry et Rau, III, § 264 *bis,* texte et note 11, p. 208 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 499 ; Colmet de Santerre, IX, n° 82 *bis* II ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1186.

708. — L'hypothèque légale n'existe, en matière d'absence, ni sur les biens de l'administrateur nommé en vertu de l'article 112, ni sur les biens de l'envoyé en possession provisoire. Pour celui-ci, cette solution se conçoit, la loi ayant organisé d'autres garanties dans les articles 120 et 126, une caution et la vente du mobilier, suivant les cas, avec l'emploi du prix ; mais, pour l'administrateur des biens de l'absent, il a une gestion analogue à celle du tuteur, et c'est avec raison que l'article 21, 2°, de la loi du 11 Brumaire an VII constituait sur ses biens une hypothèque légale. Le Code n'a pas reproduit cette disposition, et, comme il n'est pas un « tuteur », on ne peut lui appliquer l'article 2121.[1]

709. — La personne pourvue d'un conseil judiciaire, pour prodigalité ou pour faiblesse d'esprit, n'aura pas non plus d'hypothèque sur les biens de son conseil. Indépendamment de ce que celui-ci n'est pas un « tuteur », il y a une raison décisive qui, en législation, s'oppose à l'établissement de l'hypothèque sur ses biens : il n'administre pas la fortune de celui dont il est le conseil, et son rôle, qui est seulement de l'assister, ne comportant pas le maniement des deniers de l'incapable, ne peut légitimer l'existence d'une hypothèque légale.[2]

La même raison doit faire décider qu'il n'existe pas d'hypothèque légale sur les biens du tuteur à la substitution, nommé en vertu des articles 1055 et 1056 du Code civil. Il est bien, dans les mots, un « tuteur », et à ce point de vue, l'article 2121 serait applicable ; mais il n'est pas « le tu-

[1] Aubry et Rau, III, § 264 *bis*, texte et note 1, p. 206 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I n° 492.

[2] Duranton, XIX, n° 314 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 423 ; Valette, *Des Privilèges et Hypothèques*, n° 142 ; Aubry et Rau, III, § 264 *bis*, texte et note 2, p. 206 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 496 ; Colmet de Santerre, IX, n° 82 *bis* IV ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques*, n° 116 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 1175.

« teur » visé par ce texte, le tuteur qui, comme celui du mineur ou de l'interdit, gère la fortune de l'incapable. Il n'est en réalité, au fond des choses, qu'un curateur chargé de veiller à l'accomplissement de certaines formalités, mais n'ayant aucune administration à exercer.[1]

710. — Il faut encore décider que l'hypothèque n'existe pas sur les biens du tuteur *ad hoc* donné à l'enfant que le mari ou les héritiers de celui-ci veulent désavouer, par application de l'article 318 ; ni sur ceux du tuteur spécial nommé au mineur, au cas d'opposition d'intérêts dans un partage entre lui et son tuteur ; ni sur ceux du curateur à l'émancipation, du curateur au ventre, ou de l'administrateur provisoire nommé au cours de la procédure d'interdiction en vertu de l'article 497. De ces divers protecteurs des incapables, les uns n'ont pas du tout l'administration de sa fortune, comme le tuteur *ad hoc* ou le curateur à l'émancipation ; et les autres n'ont qu'une administration limitée et temporaire, comme l'administrateur de l'article 497.[2]

711. — L'hypothèque légale de l'article 2121 n'existe pas contre l'administrateur nommé en vertu de la loi du 30 juin 1838 aux biens d'une personne non interdite, mais placée dans un établissement public d'aliénés. La loi de 1838 remplace cette garantie par une hypothèque que l'article 34 autorise les juges à conférer par le jugement qui nommera l'administrateur provisoire, mais cette hypothèque diffère, à plusieurs points de vue, de l'hypothèque des mineurs. En premier lieu, elle n'est que facultative : les parties intéressées et le Procureur de la République peuvent ne pas la demander, et, si elle est demandée, les juges peuvent ne pas l'accorder, ainsi qu'il résulte des termes de l'article 34 :... « Le jugement qui nommera l'administra-

[1] Aubry et Rau et Pont, *Op. et Loc. citat.*

[2] Cassation, 27 avril 1824, Sirey, C. N., VII, II, 445. — Valette, *Des Privilèges et Hypothèques,* n° 142 ; Aubry et Rau, III, § 264 *bis,* texte et notes 7 et 8, p. 207 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 496.

« teur provisoire *pourra* en même temps constituer une « hypothèque. » En second lieu, cette hypothèque sera générale ou spéciale, suivant qu'il aura été décidé par le jugement qui la crée. Enfin, au lieu d'être occulte, comme l'hypothèque du mineur, elle devra être inscrite, et ne datera, d'après l'article 34, que « du jour de l'inscription ».[1]

712. — Le mineur placé sous la puissance paternelle n'a pas d'hypothèque légale sur les immeubles de son père. On avait essayé de soutenir l'opinion contraire, en se fondant sur l'analogie qui existe entre l'administration du père et celle du tuteur, et la nécessité morale de protéger également les biens du mineur dans ces deux hypothèses.[2] Mais cette opinion est aujourd'hui abandonnée, et avec raison : autre chose est la tutelle, autre chose l'administration légale, et, dans une matière où l'interprétation restrictive s'impose comme dans celle des hypothèques, il est impossible de grever d'hypothèque les biens du père quand la loi n'a parlé que du tuteur. On peut ajouter que la situation du mineur soumis à la puissance paternelle ne nécessite pas les mêmes garanties, car à côté du père se trouve la mère, dont l'affection saura empêcher le père de se livrer à des actes de nature à compromettre le patrimoine du mineur.[3]

[1] Demolombe, *Cours de Code civil,* VIII, n°s 824-825 ; Aubry et Rau, III, § 264 *bis,* texte et note 3, p. 206 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 492.

[2] Colmar, 22 mars (ou mai) 1816, Sirey, C. N., II, 119 ; Toulouse, 23 décembre 1818, Sirey, C. N., V, II, 434. — Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2121, n° 36.

[3] Cassation, 3 décembre 1821, Sirey, C. N., VI, I, 527 ; Riom, 23 mai 1822, Sirey, C. N., VII, II, 74 ; Lyon, 3 juillet 1827, Sirey, C. N., VIII, II, 385 ; Poitiers, 31 mars 1830, Sirey, 30, II, 138 ; Bordeaux, 10 avril 1845, Sirey, 47, II, 166, et Dalloz, 45, IV, 16 ; Grenoble, 4 février 1850, Sirey, 50, II, 543, et Dalloz, 51, V, 316 ; Riom, 30 août 1852, Dalloz, 54, II, 227 ; Toulouse, 2 janvier 1863, Sirey, 63, II, 191, et Dalloz, 63, II, 215 ; Bordeaux, 19 mars 1875, Sirey, 76, II, 97, et Dalloz, 77, II, 25. — Merlin, Répert., V° *Puissance paternelle,* sect. II, n° 17 ; Duranton, III, n° 415 ; Grenier, *Des Hypothèques,* I, n°s 277-279 ; Troplong, *Des Privilèges et Hy-*

La même interprétation devra être donnée à propos de l'article 141, au cas d'absence du père : la mère exerce alors, d'après ce texte, « *tous les droits du mari* » quant à l'administration des biens des enfants. Elle les exerce donc comme le mari lui-même, et sans être astreinte à d'autres garanties.[1]

Au contraire nous serions porté à croire, avec M. Martou,[2] que l'hypothèque légale devra exister sur les biens des ascendants ou du tuteur provisoire désignés par le conseil de famille dans l'hypothèse de l'article 142, au cas d'absence du père et de décès de la mère : cette administration est alors une véritable tutelle, qui doit être environnée de toutes les garanties de la tutelle.

713. — L'hypothèque légale ne frappe pas les biens du subrogé tuteur, même au cas où il a géré accidentellement une partie du patrimoine du mineur, dans l'hypothèse où les intérêts de celui-ci et ceux du tuteur étaient en opposition. Indépendamment de ce motif qu'il n'est qu'un *subrogé* tuteur, auquel ne s'applique pas le texte de l'article 2121, il y a une autre raison pour le décider ainsi. Dans le projet primitif de l'article 2135 les biens du subrogé tuteur étaient soumis à l'hypothèque légale, comme ceux du tuteur, dès qu'il avait fait un acte de gestion ; après avoir dit que l'hypothèque existait sur les immeubles du tuteur, l'article ajoutait :

..... « Et sur les immeubles du subrogé tuteur, pour « les cas où, d'après les lois, il devient responsable, et à « compter du jour de son acceptation. »[3]

Lorsque cette disposition fut soumise à la section de lé-

pothèques, II, n° 424 ; Valette, *Des Privilèges et Hypothèques,* n° 142 ; Demolombe, *Cours de Code civil,* VI, n° 420 ; Aubry et Rau, III, § 264 *bis,* texte et note 4, p. 206-207 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 493 ; Colmet de Santerre, IX, n° 82 *bis,* IV ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* 116 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1179.

[1] Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 494.

[2] *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 772.

[3] Fenet, XV, p. 401.

gislation du Tribunat, elle provoqua de sa part les critiques suivantes :

« La section est d'avis qu'on ne doit pas admettre contre « les subrogés tuteurs l'hypothèque légale que le projet de « loi établit à l'égard des tuteurs et des maris. Il est de l'in- « térêt de la société de dégager autant que possible les im- « meubles des hypothèques. Or il n'y a pas de nécessité « d'imprimer l'hypothèque légale sur les biens du subrogé « tuteur. Mais, pour la sûreté de sa responsabilité à cet « égard, il est raisonnable de se contenter de l'action que « le mineur peut exercer contre lui, lorsqu'il y a lieu à ré- « clamer cette responsabilité. On devrait craindre d'ailleurs « que les citoyens ne fissent tous leurs efforts pour éloigner « d'eux les fonctions de subrogés tuteurs, s'ils devaient « être grevés d'une hypothèque aussi générale. »[1]

Le Conseil d'Etat adopta cette proposition,[2] et l'article 2135 ainsi restreint exclut, comme l'article 2121, toute hypothèque légale sur les immeubles du subrogé tuteur.[3]

Il reste toutefois, à propos du subrogé tuteur, une question que nous allons examiner bientôt en la généralisant : le subrogé tuteur qui a pris, en fait, la place du tuteur, et, d'une manière plus générale, toute personne qui a géré *pro tutore* doit-elle être assimilée, quant à l'hypothèque légale, au tuteur de droit ?[4]

714. — Les personnes qui administrent provisoirement

[1] Fenet, XV, p. 414.

[2] Fenet, XV, p. 419.

[3] Merlin, Répert., V° *Hypothèque,* sect. II, § III, art. 4, n° 3 ; Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 274 ; Duranton, XIX, n° 313 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 422 ; Valette, *Des Privilèges et Hypothèques,* n° 142 ; Demolombe, *Cours de Code civil,* VII, n°s 389-390 ; Aubry et Rau, III, § 264 *bis,* texte et note 5, p. 207 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 497 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 774 ; Colmet de Santerre, IX, n° 82 *bis* IV ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1179.

[4] *Infrà,* Tome II, n° 720.

la tutelle, sans avoir la qualité de tuteur, ne seront pas non plus soumises à l'hypothèque légale : elles ne sont pas tutrices, et, d'un autre côté, leur gestion n'a pas le caractère de permanence qui peut seul justifier une charge aussi lourde que l'hypothèque légale. Il en sera ainsi de la mère survivante qui refuse la tutelle et qui est tenue, d'après l'article 394, d'en remplir les devoirs jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur ; des héritiers du tuteur, que l'article 419 oblige à continuer la tutelle jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur ; et du tuteur qui poursuit en justice l'admission d'une excuse, et qui doit administrer provisoirement la tutelle pendant le litige, aux termes de l'article 440.[1]

715. — Lorsque la mère survivante, qui se remarie, a négligé de remplir les formalités prescrites par l'article 395, l'hypothèque légale grève-t-elle ses biens pour les résultats de la gestion tutélaire qu'elle a indûment conservée ?

La négative a été soutenue par MM. Duranton[2] et Laurent.[3] A partir de son second mariage, la mère n'est plus tutrice, elle perd la tutelle de plein droit, d'après les expressions mêmes de l'article 395 ; l'article 2121, qui n'est écrit que pour les tuteurs, cesse donc d'être applicable, dit-on, et sans texte il ne peut y avoir d'hypothèque légale. Sans doute il y a une lacune dans la loi, et l'illégalité de la gestion continuée de la mère ne devrait pas faire perdre au mineur la garantie qu'il avait auparavant sur les biens de celle-ci ; mais c'est au législateur, et non à l'interprète, qu'il appartient de combler cette lacune.

L'opinion dominante affirme au contraire que les immeubles de la mère remariée continueront d'être soumis à l'hypothèque légale qui les grevait avant qu'elle se remariât. Au point de vue de la raison juridique, cette solution est éminemment désirable, comme le reconnaissent d'ail-

[1] Aubry et Rau, III, § 264 *bis*, texte et note 6, p. 207 ; Demolombe, *Cours de Code civil*, VIII, n° 29.

[2] XIX, n° 312.

[3] XXX, n° 264.

leurs les auteurs dont nous combattons l'opinion ; et il serait inexplicable que l'hypothèque cessât d'exister au moment où la gestion de la mère va présenter beaucoup moins de garanties. Au point de vue du texte, la forme de rédaction de l'article 395 est favorable à la solution que nous proposons, puisqu'il qualifie de « *tutelle indûment conservée* » la gestion de la mère postérieure à son second mariage : c'est donc une tutelle, et l'article 2121 est applicable. On peut même ajouter qu'en ne remplissant pas les formalités prescrites pour le maintien régulier de ses pouvoirs, la mère commet une faute *en qualité de tutrice*, et la réparation des fautes du tuteur est protégée par l'hypothèque légale.[1]

716. — Faut-il aller plus loin, et faut-il, dans l'hypothèse que nous venons d'examiner, accorder l'hypothèque légale sur les biens du second mari ?

La question est plus délicate, et l'opinion qui n'admet pas l'existence de l'hypothèque légale est facile à défendre : le second mari n'est pas un cotuteur, puisque, par le fait du mariage, sa femme a perdu la qualité de tutrice ; il n'est pas non plus tuteur, et il est impossible, dit-on, de lui faire application de l'article 2121. Sans doute l'article 395 le déclare solidairement responsable avec la mère des suites de la tutelle indûment conservée, mais cette responsabilité se traduira par une créance chirographaire de dommages et intérêts, et non par une créance à hypothèque légale qui ne peut exister en dehors des textes.[2]

[1] Cassation, 15 décembre 1825, Sirey, C. N., VIII, I, 239. — Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 280 ; Valette, sur Proudhon, *De l'état des personnes,* II, p. 289 ; Demolombe, *Cours de Code civil,* VII, n° 124 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 426 ; Aubry et Rau, III, § 264 *bis*, texte et note 14, p. 209-210 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 500 ; Colmet de Santerre, IX, n° 82 *bis* III ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 117 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1187.

[2] Duranton, III, n° 426 ; Valette, sur Proudhon, *De l'état des personnes,* II, p. 290 ; Marcadé, *Explicat. du Code Nap.,* I, ar-

D'après M. Pont,[1] on devra résoudre la question par une distinction : le mari a-t-il participé à la gestion de la tutelle indûment conservée par la femme, a-t-il fait des actes précis d'administration, l'hypothèque légale grèvera ses biens, car il devient un tuteur de fait. Si au contraire son rôle a été purement passif, s'il s'est borné à laisser la femme continuer la gestion tutélaire qu'elle avait légalement avant le mariage, il n'encourra qu'une responsabilité solidaire que l'article 395 crée, mais à laquelle il n'attache aucune hypothèque légale.

717. — Il faut, à notre avis, rejeter ces deux opinions, et décider que dans tous les cas la responsabilité du second mari sera garantie par une hypothèque légale sur ses immeubles.

Telle était la solution du droit romain, où une hypothèque tacite était donnée sur les biens du second mari :

« *Si mater, legitime liberorum tutelâ susceptâ, ad secun-*
« *das contrà sacramentum præstitum adspiraverit nuptias,*
« *antequam eis tutorem alium fecerit ordinari, eisque quod*
« *debetur ex ratione tutelæ gestæ persolverit ; mariti quo-*
« *que ejus præteritæ tutelæ gestæ ratiociniis bona jure pi-*
« *gnoris tenebuntur obnoxia.* »[2]

Ce système doit être admis, à notre avis, dans le droit moderne par les raisons suivantes. En déclarant que le second mari sera « solidairement responsable de toutes les suites « de la tutelle qu'elle (la femme) aura indûment conservée », le Code place sur la même ligne le mari et la femme et les soumet à la même responsabilité, par conséquent à l'hypothèque qui garantit, pour l'un comme pour l'autre, les résultats de la gestion des biens des enfants du premier lit. On objecte que l'article 395 ne parle pas d'hypothèque légale : nous répondrons qu'il n'en parle pas non plus pour la

ticle 395 ; Colmet de Santerre, IX, n° 82 *bis* IV ; Thiry, *Cours de Droit civil,* IV, n° 459.

[1] *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 500.

[2] L. 6, Cod., *In quib. caus. pign. vel. hyp.* (VIII, 15).

femme, et cependant nous venons de reconnaître que l'hypothèque grève ses biens. En parlant de « tutelle indûment « conservée », et en déclarant que le mari en est responsable comme la femme, la loi indique suffisamment qu'ils en sont l'un et l'autre responsables comme des tuteurs. Il y aurait d'ailleurs inconséquence à déclarer les biens du mari cotuteur grevés de l'hypothèque légale dans le cas de l'article 396, c'est-à-dire dans le cas de tutelle régulière, et exonérés de cette hypothèque au cas d'une gestion indûment conservée.

Quant à la distinction proposée par M. Pont dans le cas où le mari a accompli personnellement des actes de gestion, elle paraît inacceptable : l'article 395 n'admet pas de distinction, et la responsabilité qu'il édicte contre le mari est toujours la même, quelle que soit la participation du mari à la gestion indûment conservée. Comment d'ailleurs les tiers pourraient-ils connaître ces actes de gestion, qui devraient avoir une telle importance au point de vue hypothécaire ?[1]

718. — Dès qu'il y a tutelle, l'hypothèque légale existe, quel que soit le mode de délation de la tutelle, qu'elle soit légale, dative ou testamentaire.

Sur ce point tout le monde est d'accord : mais devra-t-on l'accorder au cas de tutelle officieuse ? La négative a été soutenue par M. Pont :[2] la tutelle ordinaire, dit-il, est une charge publique, résultant de la loi, destinée à remplacer le pouvoir des père et mère décédés, et que le tuteur dési-

[1] Paris, 28 décembre 1822, Sirey, C. N., VII, II, 144 ; Nîmes, 30 novembre 1831, Sirey, 32, II, 139 ; Colmar, 26 novembre 1833, Sirey, 34, II, 231 ; Cassation, 14 décembre 1836, Sirey, 37, I, 88 ; Cassation, 27 juin 1877, Sirey, 79, I, 55, et Dalloz, 78, I, 412. — Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2121, n° 32 ; Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 280 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 426 ; Demolombe, *Cours de Code civil,* VII, n° 128 ; Aubry et Rau, III, § 264 *bis,* texte et note 14, p. 210 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 117 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, 1187.

[2] *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 495. — *Compar.* Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 770.

gné ne peut refuser ; au contraire la tutelle officieuse, qui n'a aucun caractère de devoir public, naît d'une convention purement volontaire entre l'une des parties et les parents de l'autre, elle n'est qu'un moyen particulier de rattacher un enfant à une famille autre que la sienne et de conduire à l'adoption. Aussi, lorsque le Code parle des obligations imposées au tuteur et des charges qui pèsent sur lui, s'occupe-t-il évidemment du tuteur véritable, de celui dont il a organisé la mission, et non de la personne qui se prépare à l'adoption et qui n'a reçu que par extension le nom de tuteur. D'ailleurs, ajoute M. Pont, les termes mêmes de tous les textes relatifs à l'hypothèque légale du tuteur se réfèrent à l'organisation de la tutelle ordinaire : les articles 2135, 2141 et 2143, en parlant de *l'acceptation de la tutelle*, de la restriction de l'hypothèque *en conseil de famille*, de *l'acte de nomination* du tuteur, ne peuvent s'appliquer au tuteur officieux, qui demande la tutelle, dont les pouvoirs émanent non du conseil de famille, mais du contrat reçu devant le juge de paix. Enfin le motif même de la loi manque : l'hypothèque légale est donnée à l'incapable qui ne peut être autrement protégé, tandis que dans la tutelle officieuse, où tout dérive de la convention, il est facile aux parents du mineur de stipuler une hypothèque conventionnelle pour la garantie des droits de celui-ci.

719. — L'opinion contraire est généralement suivie, et nous croyons que c'est avec raison.

Nous reconnaissons volontiers que le législateur, en organisant l'hypothèque légale sur les biens du tuteur, a eu en vue le tuteur ordinaire, celui du mineur ou de l'interdit, et voilà pourquoi les expressions employées par les articles 2135, 2141 et 2143 se réfèrent à l'organisation de cette tutelle. Mais on s'accorde à reconnaître que du moment où il y a une tutelle, même exceptionnelle, l'hypothèque doit exister, et c'est ainsi qu'on l'admet sur les biens du protuteur, du cotuteur, etc..., auxquels le législateur n'a pas spécialement pensé, pas plus qu'au tuteur officieux.

Or, en se plaçant à ce point de vue, on doit reconnaître que le tuteur officieux est, lui aussi, un tuteur, dont la gestion présente les caractères de permanence et de généralité qui constituent la tutelle, et entraînent comme conséquence l'hypothèque légale. La ressemblance de cette tutelle avec la tutelle ordinaire, au moins dans ses effets, est établie par l'article 365, aux termes duquel, si le pupille a quelque bien et était antérieurement en tutelle, l'administration de ses biens passera au tuteur officieux. Nous sommes donc en présence d'une tutelle véritable, à laquelle doit s'attacher l'hypothèque légale qui est, dans notre droit, la conséquence de toute tutelle.[1]

720. — Celui qui a géré, en fait, les biens d'un incapable, soit parce qu'il se croyait tuteur de cet incapable, soit parce qu'il en a usurpé les fonctions, sera-t-il soumis à l'hypothèque légale de l'article 2121 ?

Non, d'après une opinion qui invoque à la fois le texte de l'article 2121 et les motifs qui, dit-on, ont déterminé la création de l'hypothèque légale donnée contre le tuteur. Au point de vue du texte, l'hypothèque légale est accordée, d'après l'article 2121, « sur les biens du *tuteur* », et celui qui, par erreur ou de mauvaise foi, a géré *pro tutore* n'est pas un tuteur. On ajoute que si les rédacteurs du Code ont créé des hypothèques légales dispensées d'inscription, et à cause de cela très dangereuses pour le crédit, c'est parce qu'une certaine publicité, légale ou présumée, entoure la célébration du mariage ou la délation de la tutelle, et ici, cette publicité de fait n'existera pas. Tout au plus pourrait-on admettre que l'hypothèque serait donnée au cas d'erreur commune, lorsque le prétendu tuteur et les tiers ont cru de bonne

[1] Persil, *Régime hypothécaire*, I, article 2121, n° 37 ; Grenier, *Des Hypothèques*, I, n° 281 ; Duranton, XIX, n° 310 ; Valette, *Des Privilèges et Hypothèques*, n° 142 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 425 ; Demolombe, *Cours de Code civil*, VI, n° 236 ; Aubry et Rau, III, § 264 *bis*, texte et note 12, p. 209 ; Laurent, XXX, n° 266 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques*, n° 117 ; Thiry, *Cours de Droit civil*, IV, n° 459.

foi que la tutelle appartenait à celui qui, en fait, l'a « gérée »; mais, en dehors de cette hypothèse exceptionnelle, l'hypothèque légale ne peut exister.[1]

A notre avis, la solution contraire est préférable.

Historiquement, on a toujours placé sur la même ligne le tuteur de fait et le tuteur de droit, au point de vue des garanties de sa gestion. La loi romaine accordait dans les deux cas le privilège personnel qu'elle avait créé en faveur du mineur :

« *Si quis, cum tutor non esset, pro tutore negotia gessit,* « *privilegio locum esse manifestum est.* »[2]

« *Si negotium impuberis aliquis ex officio amicitiæ ges-* « *serit, debet bonis ejus venditis privilegium pupillo conser-* « *vari.* »[3]

Il en était de même dans notre ancien droit, où l'hypothèque tacite était donnée contre le tuteur de fait :

« L'on donne aussi cette hypothèque tacite, dit Basnage, « contre celui qui a fait la fonction de tuteur, quoiqu'il n'en « eût pas la qualité ni le titre. »[4]

De son côté, Pothier s'exprime ainsi :

« Quand même les administrateurs des biens des mineurs, « d'église, de communauté ou de chose publique, n'auraient « pas eu une vraie qualité pour les administrer, et qu'ils se « seraient portés pour tuteurs et administrateurs sans l'être « véritablement, l'hypothèque ne laisserait pas d'avoir lieu « sur leurs biens, du jour qu'ils auraient commencé de s'in- « gérer dans leur administration : *ces faux administrateurs* « *ne devant pas être de meilleure condition que les vérita-* « *bles.* »[5]

La raison donnée par Pothier, à la fin du passage que nous

[1] Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 273 ; Aubry et Rau, III, § 264 *bis,* texte et note 9, p. 208 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 116.

[2] L. 19, § 1, D., *De reb. auctorit. jud. possess.* (XLII, 5).

[3] L. 23, D., *Eod. Tit.*

[4] *Des Hypothèques,* chap. VI.

[5] *De l'Hypothèque,* chap. I, art. III, n° 27.

venons de transcrire, nous semble encore décisive aujourd'hui : le tuteur de fait, qui gère sans mandat les biens du mineur, ne peut pas être traité plus favorablement que le tuteur investi de pouvoirs réguliers.

On objecte l'intérêt des tiers, qui ne seront pas prévenus de l'immixtion du gérant dans l'administration des biens de l'incapable. Nous répondrons qu'en fait, l'acte de nomination du tuteur a bien peu de publicité, et que les tiers sont plutôt prévenus par la gestion tutélaire elle-même, par les actes d'administration du tuteur, et, à ce point de vue, la gestion du tuteur de fait a autant de notoriété que celle du tuteur régulièrement nommé.[1]

721. — Il convient de rapprocher de l'hypothèque légale accordée sur les biens du tuteur l'hypothèque que la loi du 24 juillet 1889 permet de constituer sur les biens du tuteur nommé au cas de déchéance de la puissance paternelle. L'article 10 de cette loi s'exprime ainsi :

« Les tuteurs institués en vertu de la présente loi rem-
« plissent leurs fonctions sans que leurs biens soient gre-
« vés de l'hypothèque légale du mineur. Toutefois, au cas
« où le mineur possède ou est appelé à recueillir des biens,
« le tribunal peut ordonner qu'une hypothèque générale ou
« spéciale soit constituée jusqu'à concurrence d'une somme
« déterminée. »

Cette hypothèque, dont la loi fixe l'étendue quant à la somme pour laquelle elle est donnée, et quant aux biens sur lesquels elle porte, ressemble à celle qui est constituée sur les biens de l'aliéné renfermé dans un établissement public, en exécution de l'article 34 de la loi du 30 juin 1838 dont nous avons parlé.[2] Mais il faut reconnaître que la loi de 1889 est moins bien rédigée, car elle ne s'explique pas sur la question de savoir si l'hypothèque dont elle permet la création doit être inscrite, et, en cas d'affirmative, par qui.

[1] Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 421 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 500.

[2] *Suprà,* Tome II, n° 681.

En ce qui nous concerne, nous croyons qu'elle doit être inscrite, et qu'elle ne produit effet qu'à dater de son inscription, puisque la loi a voulu la spécialiser dans tous les cas quant au chiffre de la créance, et parfois quant aux biens grevés. En ce qui concerne les personnes qui devront prendre inscription, nous pensons que dans le silence du texte nouveau on devra recourir au droit commun, et appliquer les articles 2136 et suivants qui indiquent par quelles personnes doit être prise l'inscription de l'hypothèque légale.

722. — Au point de vue du conflit des lois, nous avons indiqué,[1] et nous n'avons pas à y revenir, qu'à notre avis l'hypothèque légale doit être refusée aux mineurs de nationalité étrangère, sauf dans le cas où des traités diplomatiques en autorisent l'exercice.

§ II

Des créances que l'hypothèque légale des mineurs et des interdits garantit.

723. — L'hypothèque légale des mineurs garantit « leurs droits et créances », d'après l'article 2121. Domat disait que tous les biens du tuteur sont hypothéqués « pour « tout ce qu'il pourra devoir pour son compte »,[2] et c'est en effet avec cette étendue qu'existe l'hypothèque légale du mineur : elle garantit tous les chefs de créance que le mineur pourra faire valoir contre le tuteur à raison de la qualité et de la gestion de celui-ci, sans aucune exception ni réserve.[3]

Ainsi l'hypothèque garantit le remboursement des sommes que le tuteur a perçues, de celles qu'il aurait dû toucher et qu'il a omis de recouvrer, et de celles dont il était

[1] *Suprà,* Tome II, nos 692-693.

[2] *Lois civiles,* Liv. II, Tit. I, sect. III, n° 36.

[3] *Compar.* Aubry et Rau, III, § 264 *bis,* texte et note 2, p. 212 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 427 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 501.

lui-même débiteur envers le mineur à l'ouverture de la tutelle ou dont il est devenu débiteur pendant sa durée : « *à se ipso exigere debuit* ».[1]

724. — L'étendue que nous venons de reconnaître à l'hypothèque légale du mineur conduit aux conséquences suivantes.

Elle garantit non-seulement les créances nées d'un acte de mauvaise gestion du tuteur, mais toutes celles nées de ses omissions, qui constituent des fautes de gestion au même titre qu'un fait actif. C'est ainsi, par exemple, que l'hypothèque existera sur les biens du tuteur qui a négligé de prendre inscription sur les immeubles de la mère du mineur dans l'année du décès de celle-ci, et compromis ainsi le recouvrement des créances du mineur contre sa mère.[2]

724 I. — La même solution doit être admise, et l'hypothèque légale doit être accordée sur les immeubles du tuteur lorsque celui-ci, après avoir vendu sans l'accomplissement des formalités prescrites les biens du mineur, en a touché et dissipé le prix, et que plus tard le mineur devenu majeur a ratifié la vente. Par cette ratification, dont les effets remontent au jour de la vente, le contrat passé par le tuteur est validé rétroactivement : le prix dissipé représente donc un prix de vente dû au mineur, et le tuteur qui l'a reçu en est responsable, en qualité de tuteur, de telle manière que l'hypothèque légale s'attache aux conséquences de cet acte, comme de tous ceux de l'administration tutélaire.[3]

725. — L'hypothèque du mineur garantit même l'exécution des libéralités entre vifs que le tuteur lui a faites, et qu'il n'a pas réalisées, le paiement des sommes qu'il lui a données, ou les dommages-intérêts dus à raison de ce

[1] Turin, 25 janvier 1811, Sirey, C. N., III, II, 401 ; Cassation, 12 mars 1811, Sirey, C. N., III, I, 307 ; Paris, 26 mars 1836, Sirey, 36, II, 259 ; Pau, 17 juin 1837, Sirey, 38, II, 261. — *Nec obstat*, Douai, 4 mai 1846, Sirey, 46, II, 470, et Dalloz, 46, II, 154.

[2] Alger, 12 mai 1880, Sirey, 81, II, 37.

[3] Cassation, 22 janvier 1896, *Pandectes françaises*, 96, I, 383.

qu'une donation par lui faite n'aurait pas été acceptée, ou, s'il s'agit d'immeubles, transcrite.[1] En vain objecterait-on que les articles 2135, 2193 et 2195 parlent uniquement de « la *gestion du tuteur* » ; il y a deux réponses à faire à cette objection : la première, que l'article 2121 emploie une formule plus générale, « les droits et créances des mineurs » ; la seconde, qui est décisive à notre avis, c'est qu'il rentre dans la gestion du tuteur, lorsqu'une donation est faite n'importe par qui au mineur, d'en assurer la perfection et d'en provoquer l'exécution.

726. — Cette hypothèque garantit encore le paiement des sommes dues au mineur, et que le tuteur détenait comme usufruitier, même dispensé de caution : comme le dit très bien un arrêt de la Cour de cassation du 29 juillet 1895, « ses « devoirs de tuteur l'obligeraient à étendre sa surveillance « même sur les biens de son pupille soumis à son usufruit » ;[2] et, quant à la dispense de caution, elle ne modifie en rien l'obligation de restitution qui incombe à l'usufruitier, ni par suite le devoir de surveillance dont le tuteur est tenu.[3]

727. — L'hypothèque légale des mineurs et des interdits garantit d'abord les créances nées pendant le cours de la tutelle, et, en principe, ne s'étend pas aux créances qui seraient nées postérieurement au profit de l'ancien pupille contre son tuteur : cette hypothèque a pour but de garantir la gestion du tuteur, et elle ne doit pas s'appliquer à des faits qui se produisent après la durée légale de cette gestion, ce ne sont plus là des actes de « tuteur ».

[1] Cassation, 9 décembre 1829, Sirey, C. N., IX, I, 404 ; Rouen, 18 juin 1839, Sirey, 39, II, 208.

[2] Dalloz, 96, I, 107.

[3] Bourges, 6 mars 1855, Sirey, 55, II, 351, et Dalloz, 55, II, 300 ; Paris, 21 février 1875, Sirey, 75, II, 77 ; Cassation, 16 janvier 1878, Sirey, 78, I, 338, et Dalloz, 78, I, 268 ; Bordeaux, 18 décembre 1878, Sirey, 79, II, 174 ; Cassation, 30 janvier 1883, Sirey, 85, I, 109 ; Bordeaux, 21 février 1893, Dalloz, 93, II, 361. — Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 501 ; Aubry et Rau, III, § 264 *bis*, texte et note 23, p. 213 ; Laurent, XXX, n° 275.

Toutefois, si les faits à propos desquels les créances du mineur ont pris naissance sont une suite *nécessaire* de la tutelle, s'il s'agit, par exemple, d'actes de l'ancien tuteur accomplis dans l'intervalle qui sépare nécessairement la cessation de la tutelle de la reddition du compte du tuteur, nous croyons que l'hypothèque légale garantira ces créances. Nous n'allons pas jusqu'à dire, avec un arrêt de Pau,[1] que l'hypothèque légale couvre la gestion de l'ancien tuteur jusqu'à la reddition du compte de tutelle, quel que soit l'intervalle qui sépare ces deux dates : si le mineur devenu majeur ou l'interdit relevé de l'interdiction ne fait pas de diligences pour obtenir la reddition de son compte, s'il laisse l'ancien tuteur recommencer une nouvelle gestion, nous pensons que l'hypothèque légale ne la protégera pas. Mais dans l'intervalle nécessaire dont nous venons de parler, et qui sera plus ou moins long suivant la durée et l'importance du compte à rendre, il est vrai de dire, avec M. Demolombe, que c'est encore la « gestion du tuteur » qui continue, et qu'elle doit être protégée par les mêmes garanties :

« ... La détention des biens, et la gestion qui en résulte « encore par l'effet d'une connexité nécessaire, après l'ex- « piration de la tutelle, sont, dans cette limite du moins, une « suite encore de la gestion du tuteur. »[2]

728. — L'hypothèque légale, qui s'éteint d'une manière normale par l'expiration de la tutelle, et exceptionnellement par la reddition du compte, ne doit-elle pas survivre pour les redressements qui peuvent être obtenus dans les dix années fixées par l'article 475 ?

[1] 19 août 1850, Sirey, 50, II, 587, et Dalloz, 51, II, 5.

[2] Demolombe, *Cours de Code civil,* VIII, n° 27. — *Adde* Grenoble, 16 janvier 1832, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 1053 ; Angers, 23 février 1853, Sirey, 53, II, 289, et Dalloz, 53, II, 42 ; Cassation, 9 janvier 1855, Sirey, 55, I, 125, et Dalloz, 55, I, 28 ; Rouen, 29 mars 1870, Dalloz, 73, II, 70. — Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 502 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 785.

La négative a été admise par un arrêt d'Amiens,[1] pour les raisons suivantes. L'hypothèque légale de l'article 2121, deuxième alinéa, a pour cause la gestion du tuteur : lorsque cette gestion est terminée, le compte de tutelle rendu et le reliquat payé, l'hypothèque doit s'éteindre, par application de l'article 2180. Sans doute le compte peut être rectifié, mais il ne s'agit plus que des effets d'une convention entre majeurs, dont le redressement peut donner lieu à une action personnelle, mais non à une action hypothécaire. Le système contraire aggraverait les charges des tuteurs, en ne libérant pas leurs biens de l'hypothèque qui les grève après l'apurement du compte ; et les tiers eux-mêmes en souffriraient, car rien ne pourrait les prévenir de cette survivance de l'hypothèque.

L'arrêt d'Amiens a été cassé,[2] et depuis lors la jurisprudence a, à diverses reprises, affirmé, avec raison selon nous, l'idée que l'hypothèque légale subsiste pour garantie des redressements qui seraient apportés au compte de tutelle. En effet, d'après l'article 2121, l'hypothèque légale garantit tous les droits et créances du mineur ou de l'interdit contre le tuteur ; ces droits et créances comprennent non seulement ceux que le compte rendu par le tuteur constate, mais encore ceux que le mineur devenu majeur fait constater par voie de redressement dans le délai de dix ans que la loi lui accorde à cet effet. C'est l'ensemble de ce compte, rendu par le tuteur et redressé à la demande de l'ex-pupille, qui constitue la créance définitive de celui-ci et qui est protégé par l'hypothèque légale, dont le but est d'assurer le paiement intégral des créances de l'ancien incapable. S'il en était autrement, et si l'hypothèque légale devait s'éteindre au jour où le compte de tutelle est rendu comme il a plu au tuteur de le rendre, on peut dire qu'elle disparaîtrait au moment où elle va être utile à l'ancien pupille, où, devenu capable, il va se rendre compte pour la première fois de la gestion de

[1] 18 septembre 1834, Sirey, 35, II, 483.
[2] Cassation, 21 février 1838, Sirey, 38, I, 193.

son tuteur et connaître les omissions ou erreurs commises à son préjudice dans le compte rendu par ce dernier. Quant aux tiers qui traiteront avec l'ancien tuteur et qui pourront se trouver lésés par la survivance de l'hypothèque légale, ils méritent moins d'intérêt que l'incapable dont la loi a voulu avant tout protéger la fortune; et d'ailleurs ils sont présumés renseignés sur le fait de la tutelle, et par suite sur l'éventualité des charges qui peuvent en résulter pour l'ancien tuteur.[1]

729. — Lorsque la mère est décédée et que la tutelle est exercée par le père survivant, le paiement des reprises de la mère est garanti à la fois par l'hypothèque légale qui appartenait à celle-ci et dans laquelle le mineur est subrogé, et par l'hypothèque du mineur contre son tuteur, qui naît du fait de la tutelle. Ces deux garanties présentent pour le mineur des avantages différents: tandis que l'hypothèque légale de la mère remontera soit au mariage, soit aux diverses dates échelonnées de l'article 2135, le point de départ de l'hypothèque légale établie contre le père en qualité de tuteur sera toujours postérieur, puisque cette hypothèque ne date que de l'ouverture de la tutelle. Mais, à l'inverse, l'hypothèque donnée contre le tuteur sera plus utile au mineur que l'hypothèque de sa mère, au cas de faillite du tuteur, car les restrictions de l'article 563 du Code de commerce ne s'appliqueront pas à l'hypothèque contre le tuteur.[2]

Ajoutons que si la mère a cédé son hypothèque légale ou y a subrogé, le mineur, lié par ces cessions ou ces subrogations, ne pourra se prévaloir, pour le paiement des reprises de sa mère, de l'hypothèque qui lui appartient contre son

[1] Orléans, 12 janvier 1839, Sirey, 39, II, 376 ; *Motifs* de Rouen, 10 mai 1875, Sirey, 77, II, 117 ; Cassation, 9 août 1882, Sirey, 83, I, 402, et Dalloz, 83, I, 134. — Demolombe, *Cours de Code civil,* VII, nos 143-146.

[2] Grenoble, 7 juin 1834, Sirey, 34, II, 438 ; Colmar, 2 février 1857, Sirey, 57, II, 681, et Dalloz, 58, II, 61. — Demangeat, sur Bravard-Veyrières, *Droit commercial,* V, p. 569, note 2 ; Aubry et Rau, III, § 264 *bis,* texte et note 25, p. 213-214.

tuteur au détriment des tiers cessionnaires des droits de la mère ou subrogés à ces droits.[1]

730. — Si le tuteur aliène, pendant la durée de la tutelle, des immeubles appartenant au mineur sans avoir rempli les formalités nécessaires pour cette aliénation, le mineur aura, à la dissolution de la tutelle, l'option entre deux droits : il pourra soit revendiquer contre les tiers acquéreurs ses immeubles indûment aliénés, soit, en respectant l'aliénation, se faire colloquer au rang de son hypothèque légale sur les biens du tuteur, pour obtenir le remboursement du prix moyennant lequel elle a été faite.[2]

730 I. — Si un ordre s'ouvre, pendant le cours de la tutelle, sur les biens du tuteur, les droits du mineur ou de l'interdit seront les mêmes que ceux de la femme mariée, lorsqu'un ordre est ouvert pendant le mariage sur les biens du mari ; une collocation provisoire sera accordée à l'incapable, collocation dont les résultats ne deviendront définitifs qu'après l'apurement du compte de tutelle et suivant les résultats qu'il produira.[3]

§ III

Des cas dans lesquels l'hypothèque légale des mineurs ou des interdits peut être restreinte ou réduite.

731. — L'hypothèque légale des mineurs ou des interdits, et nous verrons qu'il en est de même de l'hypothèque

[1] Riom, 3 août 1863, Sirey, 63, II, 171, et Dalloz, 63, II, 133; Cassation, 9 août 1865, Sirey, 65, I, 447, et Dalloz, 66, I, 32. — Aubry et Rau, III, § 264 *bis*, texte et note 26, p. 214.

[2] Toulouse, 18 décembre 1826, Sirey, C. N., VIII, II, 301 ; Grenoble, 18 juillet 1849, Sirey, 50, II, 261, et Dalloz, 51, II, 10. — Aubry et Rau, III, § 264 *bis*, texte et note 27, p. 214 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 501.

[3] Cassation, 9 janvier 1855, Sirey, 55, I, 125, et Dalloz, 55, I, 28; Alger, 12 mai 1880, Sirey, 81, II, 37.

de la femme mariée,[1] peut être l'objet de l'une ou de l'autre des deux mesures suivantes : au moment de la nomination du tuteur, l'hypothèque peut être *restreinte*, c'est-à-dire qu'elle ne grèvera que certains immeubles déterminés par la délibération du conseil de famille ; et, si elle n'a pas été *restreinte* à cette époque, elle pourra, au cours de la tutelle, être *réduite* par décision de justice.

Nous ne nous occupons en ce moment que de la *restriction* faite lors de la nomination du tuteur : quant à la *réduction* judiciaire qui peut avoir lieu au cours de la tutelle, nous nous en occuperons, avec les articles 2143 à 2145, en traitant de l'inscription des privilèges et hypothèques, dans la troisième partie de ce *Traité*.

732. — De la combinaison des articles 2140 et 2141 il résulte que si, lors de la nomination du tuteur, l'hypothèque du mineur peut être restreinte à certains immeubles, il ne peut être convenu qu'il ne sera pris aucune inscription. L'exactitude de cette proposition ressort, en premier lieu, des termes mêmes de l'article 2141 ; l'article 2140 porte, à propos de l'hypothèque de la femme, qu'elle peut être restreinte, mais qu'il ne peut être convenu qu'il ne sera pris aucune inscription ; et l'article 2141 ajoute : « Il en sera de « même pour les immeubles du tuteur » ; c'est donc qu'ils ne peuvent être complètement dégrevés. D'ailleurs la discussion au Conseil d'Etat est décisive sur ce point ; le projet de l'article 50, correspondant à l'article 2141, était ainsi conçu :

« Il en sera de même pour les immeubles du tuteur, « lorsque les parents, dans l'assemblée de famille, auront « été d'avis *qu'il ne soit pas pris d'inscription*, ou qu'il « n'en soit pris que sur certains immeubles. »[2]

M. Treilhard observa que « cet article devait être res- « treint conformément à ce qui avait été décidé pour l'ar-

[1] *Infrà*, Tome II, nos 809 et suiv.
[2] Fenet, XV, p. 337.

« ticle précédent », et le procès-verbal constate que « l'ar-« ticle est adopté avec cet amendement ».[1]

Le texte fut modifié à la suite de cette séance, et les mots « qu'il ne soit pas pris d'inscription » retranchés de la rédaction définitive. Il ne peut donc y avoir de doute sur cette limitation du droit accordé au conseil de famille de restreindre l'hypothèque légale du mineur.[2]

733. — Le conseil de famille n'a donc qu'un pouvoir, celui de restreindre à certains immeubles déterminés l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit ; et encore il ne peut, comme nous l'avons dit, user de ce droit que dans la délibération qui nomme le tuteur. L'article 2141 assimile en effet la restriction dont nous nous occupons à celle de l'hypothèque de la femme mariée, et, d'après l'article 2140, celle-ci ne peut être restreinte que dans l'acte qui donne au mari ses pouvoirs, dans le contrat de mariage. Une fois cette première délibération prise, si elle est muette sur la restriction, l'étendue de l'hypothèque ne pourra être diminuée que par la réduction judiciaire des articles 2143 à 2145.

734. — De cette idée, que la restriction ne peut être faite que par la délibération du conseil de famille qui nomme le tuteur, découle une autre conséquence : c'est que l'hypothèque ne peut être restreinte au cas de tutelle légale ou de tutelle testamentaire. Le texte de l'article 2141 combiné avec l'article 2140 semble formel, puisqu'il en résulte que c'est seulement dans la première délibération, celle qui nomme le tuteur, que la restriction doit être faite, et ici sa nomination émane d'un pouvoir autre que le conseil de famille.[3]

[1] Fenet, XV, p. 378.

[2] Merlin, Répert., V° *Inscription hypothécaire,* § 3, n° 19 ; Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2141, n° 4 ; Aubry et Rau, III, § 264 *bis,* texte et note 15, p. 211 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n°s 543-544.

[3] Aubry et Rau, III, § 264 *bis,* texte et note 17, p. 211 ; Colmet de Santerre, IX, n° 112 *bis,* II ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 121 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1197.

Cependant une opinion, en reconnaissant l'exactitude de cette solution pour la tutelle légale, la combat pour la tutelle testamentaire. Il n'y a aucun motif, dit-on, pour ne pas donner au père un droit égal à celui du conseil de famille, et pour lui refuser le pouvoir de restreindre l'hypothèque par le testament qui nomme le tuteur. Il a autant de sollicitude pour l'intérêt de ses enfants que le conseil de famille, et il ne serait pas raisonnable de ne point lui reconnaître le même pouvoir.[1]

Ce raisonnement pourrait être bon, s'il s'agissait de faire la loi, mais nous avons à interpréter une loi qui existe, l'article 2141 ; et comme ni ce texte ni aucun autre ne donne ce pouvoir au cas de tutelle testamentaire, on doit le refuser au père, car il s'agit d'une disposition exceptionnelle, d'une dérogation au droit commun, qui est la généralité de l'hypothèque légale, et on ne peut étendre par analogie cette faculté de restriction.

735. — Lorsque l'hypothèque légale a été restreinte par le conseil de famille à certains immeubles déterminés, dans les termes de l'article 2141, elle conserve son caractère d'hypothèque dispensée d'inscription : son étendue est diminuée, mais sa nature et ses conditions d'existence ne sont pas modifiées. L'article 2142 dit bien que l'inscription ne devra être requise que sur les immeubles indiqués par le conseil de famille, mais cette inscription n'est ordonnée, comme celle de l'hypothèque non restreinte, que dans l'intérêt des tiers, et nullement comme élément de validité de l'hypothèque, qui est opposable à tous par la seule force de la loi, sans aucune condition de publicité.

Ajoutons que, lorsque l'hypothèque a été ainsi restreinte à certains immeubles, tous les autres immeubles présents et à venir du tuteur en sont affranchis.

736. — Au lieu de procéder à la restriction de la manière indiquée dans l'article 2141, le conseil de famille peut

[1] Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2141, n° 2 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 549.

restreindre l'hypothèque d'une autre façon, en dégrevant tel ou tel immeuble déterminé du tuteur. Le résultat sera le même, en ce sens que, dans les deux cas, l'hypothèque ne portera que sur les immeubles du tuteur jugés suffisants par le conseil de famille pour la garantie des droits du mineur ou de l'interdit.

737. — Lorsque l'hypothèque a été restreinte par le conseil de famille, et qu'elle devient plus tard insuffisante pour la sauvegarde des droits du mineur, soit par la diminution de valeur des biens sur lesquels elle a été fixée, soit par l'augmentation des créances du mineur ou de l'interdit contre le tuteur, le conseil de famille peut, par une nouvelle décision, ordonner que, pour l'avenir, l'hypothèque portera sur d'autres biens, ou même sur la généralité des immeubles du tuteur. L'article 2141 n'indique pas ce droit que nous reconnaissons au conseil de famille, mais il résulte suffisamment des principes généraux : entre le conseil de famille qui restreint l'hypothèque, et le tuteur qui a provoqué cette restriction, la première délibération n'a que la force d'un acte privé : c'est une concession faite par le conseil de famille, concession qu'il est toujours libre de retirer, lorsque les intérêts du mineur l'exigent. Seulement ce retrait, ou cette limitation de la restriction primitive ne peuvent avoir d'effet que pour l'avenir, et sous la réserve des droits acquis aux tiers pendant que durait la restriction de l'hypothèque. C'est au subrogé tuteur, gardien des intérêts du mineur lorsqu'ils sont en conflit avec ceux du tuteur, qu'il appartient de provoquer cette rescision de la restriction précédemment accordée.[1]

738. — Le tuteur ne peut substituer à l'hypothèque légale dont la loi grève ses biens aucune autre garantie, quelle qu'en puisse être la valeur. Ce point résulte suffisamment de la partie finale de l'article 2140, « il ne pourra « être convenu qu'il ne sera pris aucune inscription ; »

[1] Aubry et Rau, III, § 264 *bis*, texte et note 19, p. 212 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 552.

l'hypothèque peut être restreinte, elle ne peut jamais être supprimée, même en vue d'autres garanties. Tout le système de protection organisé par la loi en matière de tutelle repose en effet sur la nécessité de garanties réelles : le législateur les a jugées, à tort ou à raison, supérieures aux autres, et comme il s'agit de mesures d'ordre général, dans l'intérêt des incapables, il ne peut y être dérogé par des conventions privées.[1]

§ IV

De la date à laquelle l'hypothèque légale des mineurs et des interdits prend naissance.

739. — L'hypothèque légale des mineurs et des interdits a une date uniforme, quelles que soient les causes et les dates différentes des créances qu'elle garantit : elle existe, dit l'article 2135, « du jour de l'acceptation de la tutelle ». Dès ce moment en effet, et nous allons préciser ce qu'il faut entendre par ces mots « acceptation de la tutelle », la responsabilité du tuteur commence : il est obligé de rendre compte de ce qu'il reçoit et de ce qu'il recevra dans la suite. Ce compte, dont il devient débiteur, se formera d'éléments divers, qui y entreront à des dates successives ; mais tous ces éléments font partie, suivant les expressions de Merlin,[2] de l'obligation primitive et prennent rang à la date à laquelle cette obligation est née.

Nous verrons que la loi a adopté, pour la date de l'hypothèque légale de la femme, un système différent, celui des dates successives auxquelles les créances contre le mari sont nées. A ce point de vue, sans examiner encore le mérite de cette innovation en ce qui concerne la femme, car c'est une innovation aux règles de notre ancien droit, il est permis de regretter que le Code ait suivi deux systèmes différents

[1] Cassation, 16 avril 1889, Dalloz, 90, I, 181.
[2] Répert., V° *Inscription hypothécaire,* § III, n° 6.

pour les créances du mineur et pour celles de la femme, qui se forment, les unes comme les autres, d'éléments divers et successifs, mais provenant d'une base unique, l'obligation de rendre compte qui naît du mariage ou de la tutelle.

740. — La date unique assignée à l'hypothèque du mineur ou de l'interdit, d'après l'article 2135, est « le jour de « *l'acceptation de la tutelle* » ; l'article 2194 emploie une formule un peu différente, « le jour de *l'entrée en gestion* « *du tuteur* », ce qui, d'après certains jurisconsultes, signifierait le jour où a commencé, en fait, la gestion du tuteur.

A ces deux formules MM. Aubry et Rau proposent d'en substituer une autre, « le jour où *a commencé la responsabi-* « *lité du tuteur* », et nous croyons que ces expressions rendent mieux la pensée des rédacteurs du Code.

Nous nous refusons d'abord à voir une différence de dates dans la différence de rédaction des articles 2135 et 2194 ; outre qu'il serait singulier de voir modifier dans un article consacré à la purge la disposition de l'article 2135, dont le but est précisément de fixer les causes et la date des hypothèques légales, il est facile de voir que ces deux formules répondent à la même idée, et peuvent se traduire ainsi : le jour où, par suite de l'acceptation de la tutelle, a commencé pour le tuteur l'obligation de gérer la fortune du mineur ; ce n'est pas la gestion de fait, mais la gestion de droit, l'obligation de gérer, que l'article 2194 a entendu viser, d'accord en cela avec l'article 2135.[1]

Mais il faut prévoir le cas où le tuteur refuse, sans motifs légitimes, d'accepter la tutelle et néglige de gérer le patrimoine du mineur : il est alors responsable comme tuteur de sa négligence, et voilà pourquoi les expressions proposées par MM. Aubry et Rau sont meilleures. L'hypothèque datera du jour où commence la responsabilité du tuteur, soit qu'ayant accepté la tutelle il ait commencé à gérer la

[1] Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 747.

fortune du mineur ou de l'interdit, soit que, ne l'ayant pas acceptée, il ait compromis par cette négligence les intérêts de son pupille.[1]

741. — L'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit prendra donc rang, s'il s'agit d'une tutelle dative, du jour de la délibération qui nomme le tuteur, s'il est présent à cette délibération, ou, s'il est absent, du jour où elle lui aura été notifiée ; s'il s'agit d'une tutelle légale, du jour du décès qui donne ouverture à la tutelle ; enfin s'il s'agit d'une tutelle testamentaire, du jour où le testament a été ouvert, ou, si le tuteur était absent lors de cette ouverture, du jour où le testament lui aura été signifié.

Ajoutons que l'hypothèque prendra rang à cette date dans tous les cas, quelle que soit la nature des créances du mineur ou de l'interdit et quelle que soit l'époque à laquelle ces créances sont nées au cours de la tutelle.[2]

§ V

Des modes d'extinction de l'hypothèque légale des mineurs et des interdits.

742. — Cette hypothèque s'éteint par les modes généraux d'extinction communs à toutes les hypothèques : nous n'avons pas à en parler en ce moment, nous les étudierons avec le chapitre VII de notre Titre, lorsque nous traiterons *De l'extinction des privilèges et hypothèques.*

Mais nous devons nous expliquer ici sur l'application spéciale à l'hypothèque des mineurs et des interdits du premier et du principal des modes généraux d'extinction de l'hypothèque, l'extinction de l'obligation principale.

[1] Aubry et Rau, III, § 264 *bis,* texte et note 29, p. 215.

[2] Cassation, 15 novembre 1892, et *Rapport* de M. le conseiller Lemaire, Dalloz, 93, I, 37. — Merlin, Répert., V° *Inscription hypothécaire,* § III, n° 6 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 572 ; Aubry et Rau, III, § 264 *bis,* texte et note 20, p. 215 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 747.

Cette hypothèque s'éteindra non seulement par l'apurement du compte et le paiement du reliquat, ce qui est, à proprement parler, l'extinction de l'obligation principale, mais elle s'éteindra aussi par la prescription de l'action en reddition ou en révision de compte, qui éteint aussi l'obligation principale et avec elle l'hypothèque qui la garantit.

Toutefois l'hypothèque survit pour garantie des redressements que le mineur devenu majeur ou l'interdit relevé de l'interdiction peuvent faire apporter au compte qui leur a été rendu. Ces redressements font en effet partie intégrante du compte, ils s'incorporent avec lui et doivent être protégés par la même garantie : aussi faut-il décider que, pour ces redressements comme pour le reliquat du compte originaire, l'hypothèque légale primera toutes les hypothèques postérieures à l'ouverture de la tutelle, notamment l'hypothèque légale de la femme du tuteur.[1]

743. — Par exception au principe que nous venons d'exposer, de la survivance de l'hypothèque au cas de redressement du compte de tutelle, on doit admettre que si le mineur devenu majeur a donné main-levée de son hypothèque légale après la reddition du compte de tutelle, il ne pourra plus, après la révision de ce compte, exercer son hypothèque au préjudice des créanciers hypothécaires ou des acquéreurs d'immeubles de l'ancien tuteur.

En effet, tant que la main-levée de l'hypothèque légale n'est pas donnée, la condition de l'ancien pupille est préférable à celle des tiers qui traitent avec l'ex-tuteur, même après l'apurement du compte et le paiement du reliquat. Ces tiers savent en effet, ou sont présumés savoir qu'ils traitent avec

[1] Cassation, 21 février 1838, Sirey, 38, I, 193 ; Orléans, 12 janvier 1839, Sirey, 39, II, 376 ; Toulouse, 18 juillet 1839, Sirey, 39, II, 523 ; Cassation, 18 août 1840, Sirey, 40, I, 995 ; Toulouse, 7 mars 1855, Sirey, 55, II, 257 ; Cassation, 23 décembre 1856, Sirey, 57, I, 845, et Dalloz, 57, I, 205 ; Cassation, 9 août 1882, Dalloz, 83, I, 134. — Demolombe, *Cours de Code civil,* VIII, nos 140-146 ; Aubry et Rau, III, § 264 *bis,* texte et note 31, p. 215.

une personne qui a rempli les fonctions de tuteur, et ils savent en outre que tout compte, même arrêté, est soumis à révision. Ils ne sont donc pas lésés par l'apparition de l'hypothèque légale, sur laquelle ils ont dû compter.

Mais, lorsque l'ancien mineur a donné main-levée de son hypothèque, la situation n'est plus la même : cette main-levée doit inspirer sécurité aux tiers, et l'ex-mineur, qui est en faute de l'avoir donnée s'il n'avait pas la certitude que le compte qu'il a accepté était exact, doit laisser passer avant lui les tiers ayant acquis des droits réels sur la foi de cette main-levée.[1]

744. — Nous croyons même qu'il faut rejeter la limitation apportée par la Cour de Douai à l'exception que nous venons d'indiquer : la Cour a jugé qu'au cas de redressement du compte pour cause de dol, l'on ne devait pas tenir compte de la main-levée donnée par le mineur devenu majeur, qui exercerait son hypothèque légale à la date de l'acceptation de la tutelle.[2]

A notre avis, la main-levée donnée par le mineur ne lui permet pas, même dans ce cas, d'exercer son hypothèque au préjudice des tiers ayant acquis un droit réel, depuis la main-levée, sur les immeubles de l'ex-tuteur. Le dol commis par celui-ci ne peut réagir contre les tiers de bonne foi, et l'imprudence commise par l'ex-mineur en donnant la main-levée ne lui permet pas de triompher des tiers qui n'ont, eux, rien à se reprocher.

[1] Toulouse, 18 juillet 1839, Sirey, 39, II, 523. — Aubry et Rau, III, § 264 *bis*, texte et note 32, p. 216. — *Compar.* Carette, *Note*, Sirey, 38, I, 198 ; Demolombe, *Cours de Code civil*, VIII, n° 147.

[2] Douai, 22 avril 1857, Sirey, 57, II, 746.

SECTION II

De l'hypothèque légale des femmes mariées.

745. — L'origine de l'hypothèque légale de la femme mariée remonte au droit romain ; mais, dans le premier état de cette législation, la femme n'avait qu'un privilège personnel :

... « *Privilegium, quod inter personales actiones servitur,* « *tribui placuit.* »[1]

Justinien transforma ce privilège en une hypothèque tacite, mais en limitant d'abord l'hypothèque qu'il créait à la restitution de la dot ;[2] plus tard il l'étendit à toutes les créances de la femme contre le mari.[3] Enfin, par la célèbre loi *Assiduis* dont nous avons déjà parlé,[4] il donna à cette hypothèque un avantage exorbitant et de nature à ruiner le crédit des maris, en décidant que l'hypothèque de la femme passerait avant toutes les hypothèques grevant les biens du mari, même avant celles nées antérieurement au mariage.[5]

746. — Dans notre ancien droit, l'hypothèque tacite de la femme fut admise à l'imitation du droit romain :

[1] L. 74, D., *De jure dotium* (XXIII, 3).
[2] L. unic., § 1, Cod., *De rei uxoriæ actione* (V, 13).
[3] L. 11, Cod., *De pact. convent.* (V, 14).
[4] *Suprà,* Tome I, n° 10.
[5] L. *Assiduis* (Unic., § 12), Cod., *De rei uxoriæ actione* (V, 13). — *Adde* Institut., *De actionib.,* § 29 (IV, 6) et *Novell.* 97, Cap. II.

« La loi seule, en certains cas, dit Pothier, donne une « hypothèque au créancier sur les biens du débiteur, quoique « l'obligation du débiteur ne soit portée par aucun acte « devant notaire, ni qu'il soit intervenu aucun jugement de « condamnation contre lui. Cette hypothèque est appelée « *tacite*, parce que la loi seule la produit sans aucun titre. « Telle est : 1° l'hypothèque que la loi donne à la femme « sur les biens de son mari, du jour de la célébration de « son mariage, pour la restitution de sa dot, lorsqu'il n'y a « point de contrat... »[1]

Il en fut autrement, toutefois, dans les provinces de nantissement, où l'on s'en tint strictement à cette idée que l'hypothèque ne pouvait exister que par œuvres de loi, à l'exception toutefois de l'hypothèque tacite du fisc. L'édit perpétuel de 1611, dans son article 24, abroge formellement toutes les hypothèques tacites, hormis l'hypothèque du prince :

« Combien que nul droit réel ès biens immeubles, soit en « tout par vente ou location, ou en partie par hypothèque, « se peut acquérir sinon par les œuvres de loi... ; toutefois « n'entendons par ce être dérogé au bénéfice de l'hypothè- « que légale et préférence compétant par dispositions de « droit à nous et à notre fisc, sur les biens des receveurs « de nos domaines et revenus. »

La même disposition se retrouve dans l'article 3, Titre 22, de la coutume de la châtellenie de Lille :

« Par la coutume générale ne sont aucunes hypothèques « tacites, sauf le privilège du prince. »[2]

747. — Dans les coutumes où l'hypothèque tacite de la femme était admise, et nous venons de dire qu'elles formaient la généralité, elle ne lui était donnée que si elle s'était mariée sans contrat de mariage, ou avec un contrat de mariage sous seing privé : si en effet le contrat avait été reçu par devant notaire, la femme jouissait de l'hypothèque

[1] *De l'Hypothèque*, chap. I, art. 3, n° 26.
[2] *Voir* Merlin, Répert., V° *Nantissement*, § II, art. 5.

qui s'attachait à tout acte notarié, qu'il renfermât ou non une convention d'hypothèque.[1]

Ajoutons que, sauf dans le ressort du Parlement de Toulouse, où l'on avait maintenu à l'hypothèque légale le rang exorbitant que lui donnait la loi *Assiduis*, cette hypothèque ne rétroagissait pas sur les droits réels antérieurement établis au profit des créanciers du mari.

748. — Dans le droit intermédiaire, le décret du 9 Messidor an III, qui avait eu pour but, comme nous l'avons dit,[2] d'établir la publicité en matière hypothécaire, supprima les hypothèques tacites, et parmi elles l'hypothèque de la femme.

La loi du 11 Brumaire an VII rétabiit l'hypothèque de la femme, en essayant d'atténuer ses inconvénients par la nécessité de l'inscription, imposée pour toutes les hypothèques par les articles 2, 3 et 4 de cette loi; mais, en ce qui concerne l'hypothèque de la femme comme celle du mineur, cette publicité demeurait bien incomplète, puisque l'inscription ne devait contenir ni la désignation des biens grevés, ni le chiffre de la créance garantie.[3]

La justification de ce système était présentée dans les termes suivants par M. Crassous, dans son *Rapport* au conseil des Cinq-Cents :

« Les conventions matrimoniales, les intérêts des mineurs « et des interdits, ceux du Trésor public, presque toujours « difficiles à déterminer, parce que leur quotité dépend d'é- « vénements incertains, réclament une modification à la rè- « gle générale qui exige la détermination des droits hypo- « thécaires au moment de leur inscription. Au surplus, on « pourvoit au maintien de ces hypothèques sans contrarier le « vrai principe, celui de la publicité de leur existence. Seu- « lement on dispense ceux au profit de qui ils existent d'une

[1] Pothier, *Introduct. à la Cout. d'Orléans*, Tit. XX, n° 18, et *De l'Hypothèque,* chap. I, art. 1 et 3, n°s 10 et 26.

[2] *Suprà*, Tome I, n°s 31 et 35.

[3] *Suprà,* Tome I, n° 37.

« fixation devenue impossible. Il suffira de déclarer la na-
« ture de l'un de ces titres pour maintenir intégralement
« les créances qui pourront en dériver. Ne nous dissimu-
« lons point que ces inscriptions indéfinies deviendront gê-
« nantes pour celui dont les biens s'en trouveront grevés ;
« mais il a fallu allier les intérêts de tous avec l'observation
« des formes. »[1]

749. — Les rédacteurs du Code civil, abandonnant la publicité, tout incomplète qu'elle fût, que la loi de Brumaire avait édictée pour l'hypothèque de la femme, décidèrent que cette hypothèque aurait son effet indépendamment de toute inscription :

« Les hypothèques de la femme, disait le premier Consul
« au Conseil d'Etat, seront bien plus certaines si, pour les
« conserver, il suffit de ne pas y renoncer, que s'il fallait,
« pour en obtenir l'effet, agir et prendre inscription. Beau-
« coup de femmes refusent avec fermeté de signer tout acte
« qui peut compromettre leur dot ; bien peu sont capables
« de faire des démarches et de conduire leurs affaires. »[2]

Quant à la date à laquelle cette hypothèque prendra rang, le projet du Conseil d'Etat fixait, pour la femme comme pour le mineur, une date unique, qui était pour la femme « le jour
« du mariage ».[3] Ce système fut rejeté sur les observations de la section de législation du Tribunat :

« La Section pense qu'il y aurait un grand inconvénient
« à laisser subsister d'une manière aussi indéfinie que le fait
« l'article du projet de loi l'hypothèque légale des femmes
« sur les biens des maris.

« Les sommes dotales ne doivent avoir d'hypothèque léga-
« le, lorsqu'elles proviennent de succession, que du jour de
« l'ouverture de ces successions. Car c'est seulement alors
« qu'il y a de la part du mari une administration qui seule
« peut faire le fondement de l'hypothèque.

[1] Séance du 27 Pluviôse an VI, *Moniteur* du 9 Germinal an VI.
[2] Séance du 19 Pluviôse an XII, Fenet, XV, p. 323.
[3] Fenet, XV, p. 336.

« Ce qu'on vient de dire pour les successions s'applique « également aux donations.

« D'un autre côté, si la femme s'oblige conjointement avec « son mari, ou si, de son consentement, elle aliène ses im- « meubles, elle ne doit avoir hypothèque sur les biens du « mari, pour son indemnité dans ces deux cas, qu'à comp- « ter de l'obligation ou de la vente. Il n'est pas juste qu'il « y ait une hypothèque avant l'existence de l'acte qui forme « l'origine de la créance ; et il est odieux que la femme, en « s'obligeant ou en vendant postérieurement, puisse primer « des créanciers ou des acquéreurs qui ont contracté aupa- « ravant avec le mari. C'était là une source de fraudes qu'il « est enfin temps de faire disparaître. »[1]

C'est à la suite de ces critiques que l'article 2135 fut remanié et voté tel qu'il est aujourd'hui, avec les diverses dates qu'il donne à l'hypothèque de la femme.

750. — Nous nous sommes déjà expliqué sur les inconvénients du système du Code en cette matière,[2] inconvénients plus grands pour l'hypothèque de la femme, car il y a beaucoup plus de maris que de tuteurs.

Cette hypothèque demeure clandestine, malgré les précautions que la loi a essayé de prendre, dans les articles 2136 et suivants, pour arriver à la faire inscrire. D'un autre côté, les tiers arriveraient-ils à connaître l'existence de cette hypothèque, il leur est impossible de savoir quelles créances elle garantit, car, s'ils peuvent parvenir à connaître la dot en exigeant la communication du contrat de mariage de ceux avec lesquels ils traitent, ils ne peuvent savoir quelles successions la femme aura recueillies au cours du mariage, quelles obligations elle a contractées, en un mot connaître les causes multiples de ses créances, et par suite de son hypothèque.

De plus, si la femme est une femme dotale, ne pouvant céder son hypothèque ni y renoncer, le patrimoine immo-

[1] Fenet, XV, p. 414.

[2] *Suprà,* Tome I, nos 44 et suiv., et 122 I.

bilier du mari, si étendu qu'il soit, ne pourra lui donner aucun crédit.

Aussi n'y a-t-il pas, à notre avis, dans tout notre régime hypothécaire, de partie qui sollicite plus impérieusement un remaniement que celle relative aux hypothèques légales de l'article 2121, et surtout à celle de la femme.

751. — Nous étudierons, à propos de l'hypothèque légale de la femme, les questions suivantes:

§ I. — *A quels mariages elle est attachée ;*
§ II. — *Des créances qu'elle garantit ;*
§ III. — *Des immeubles qui en sont grevés ;*
§ IV. — *Des cas dans lesquels elle peut être restreinte ou réduite ;*
§ V. — *De la date à laquelle elle prend naissance ;*
§ VI. — *De ses modes d'extinction.*

§ I

A quels mariages l'hypothèque légale de la femme est attachée.

752. — L'hypothèque établie au profit de la femme par l'article 2121 existe par le seul fait du mariage, lors même qu'il n'a été précédé d'aucun contrat; elle est créée au profit « des femmes mariées », dit l'article 2121, par conséquent de toute femme mariée, avec ou sans contrat de mariage.

Si un contrat de mariage a été fait, l'hypothèque existe, quel que soit le régime matrimonial adopté, fût-ce celui de la séparation de biens. Il est vrai que dans ce cas le mari n'a pas l'administration des biens de la femme, mais il peut s'en emparer, et contracter ainsi une responsabilité que l'hypothèque légale protégera ; d'un autre côté la femme séparée de biens peut s'obliger avec son mari dans l'intérêt de celui-ci, ou bien encore elle vend avec l'autorisation de son mari des immeubles à elle propres dont le prix profite à ce

dernier, et, dans ce cas encore, l'hypothèque légale garantira sa créance.[1]

Par les mêmes raisons, l'hypothèque subsistera au profit de la femme après la séparation de biens judiciaire, pour garantir le recouvrement des créances nouvelles qu'elle pourra avoir contre son mari, dans les mêmes hypothèses qu'au cas de séparation de biens contractuelle. La Cour de cassation a jugé avec raison, dans cette dernière hypothèse, que la femme séparée ne pouvait renoncer à son hypothèque, même si la liquidation ne constatait l'existence d'aucune créance à son profit contre son mari : l'hypothèque doit exister jusqu'à la dissolution du mariage pour la garantie des créances qui pourront naître jusqu'à ce moment, soit dans les hypothèses que nous avons indiquées, soit pour les gains de survie et autres avantages éventuels pouvant résulter du contrat de mariage.[2]

753. — L'hypothèque existe au cas de mariage putatif, lorsque la femme a été de bonne foi : elle constitue l'un des « effets civils du mariage », et doit être maintenue à ce titre, par application des articles 201 et 202 du Code civil.[3] Mais, si le mariage est annulé et que la femme n'ait pas été de bonne foi, l'hypothèque légale sera réputée n'avoir jamais existé au profit de celle-ci, puisqu'elle n'aura pas été femme mariée.[4]

754. — Lorsque le mariage a été contracté à l'étranger, la femme jouira de l'hypothèque légale, lors même que ce mariage n'aurait pas été transcrit en France dans les trois mois du retour des époux, comme le veut l'article 171. Ce texte ne dit pas, en effet, que le mariage ne produira pas ses effets civils parce que la transcription n'en aura pas été

[1] Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, texte et note 4, p. 216-217 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 429.

[2] Cassation, 20 mai 1878, Dalloz, Suppl., V° *Privilèges et Hypothèques*, n° 450.

[3] Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, texte et note 3, p. 216.

[4] Aubry et Rau, *Op. et Loc. citat.*

faite en France ; et une telle sanction serait trop dure pour qu'on pût l'appliquer sans un texte précis. Si cette idée est vraie pour les effets civils du mariage en général, elle l'est plus encore peut-être pour l'hypothèque légale en particulier :

« Si cette hypothèque dépendait de la transcription de « l'acte de mariage, dit très bien M. Demolombe, le mari s'y « opposerait le plus souvent ; et ce serait remettre de la « sorte à sa discrétion une garantie dirigée précisément « contre lui. »[1]

755. — Quant à la femme étrangère, nous avons admis, avec l'opinion la plus accréditée, qu'elle n'a pas d'hypothèque légale sur les biens de son mari, par des raisons sur lesquelles nous n'avons pas à revenir ; sauf exception, toutefois, pour le cas où des traités assureraient ces avantages aux femmes appartenant à certaines nations.[2]

§ II

Des créances que l'hypothèque légale de la femme garantit.

756. — D'après l'article 2121, la femme mariée a hypothèque sur les biens de son mari pour « ses droits et créan- « ces » : ces expressions, très étendues par elles-mêmes, doivent être interprétées dans le sens le plus large, et il faut reconnaître à la femme une hypothèque pour toutes les créances qu'elle peut avoir contre son mari en sa qualité de mari, quels qu'en soient les causes, l'origine et le titre, qu'elles soient liquides ou non. Il est vrai que l'article 2135 énumère quelques-unes de ces créances, mais cette énumération n'a rien de limitatif, elle a pour but d'indiquer les plus importantes des créances de la femme, mais ne restreint en rien la généralité de son hypothèque, telle qu'elle

[1] *Cours de Code civil,* III, n° 229. — *Sic* Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* texte et note 2, p. 216.

[2] *Suprà,* Tome II, n°s 692-693.

est créée par l'article 2121. C'est ce que la Cour de cassation a très bien indiqué dans un arrêt récent de la Chambre civile :

« Attendu que des termes généraux de l'article 2121 du « Code civil il résulte que l'hypothèque légale que la femme « a sur les biens du mari, pour sûreté de ses droits et créan- « ces, les garantit tous sans exception, quel que soit le titre « auquel ils sont réclamés par la femme. »[1]

757. — L'article 2135 indique comme première cause d'hypothèque des femmes « *leur dot* ». Le mot « dot » est employé ici dans un sens plus restreint que dans l'article 1540, où il comprend tout ce que la femme a apporté en mariage : ici il ne s'entend que de la portion des apports de la femme que celle-ci s'est réservée comme propres, et dont elle pourra demander la restitution à la dissolution du mariage, mais il ne comprend pas ceux qui sont tombés dans la communauté stipulée entre les époux ; c'est ainsi qu'elle n'aura pas d'hypothèque pour ses apports mobiliers sous le régime de la communauté légale. Elle n'est pas créancière contre son mari de cette portion de ses apports, de sa dot dans le sens large du mot, elle ne peut donc avoir d'hypothèque de ce chef.

La Cour d'Aix a jugé le contraire, par le motif « qu'il im- « porte peu ce qui adviendra de la dot lors de la dissolution « de la communauté; que, tant que l'apport matrimonial « de la femme est au pouvoir du mari, il est garanti par « l'hypothèque légale. »[2]

Cette solution est, à notre avis, évidemment erronée : il importe beaucoup de savoir ce que la dot deviendra à la dissolution du mariage, car, si elle ne doit pas être restituée à la femme, celle-ci n'en est pas créancière, et ne peut dès lors avoir d'hypothèque. La généralité des termes de l'arti-

[1] Cassation, 26 février 1891, Sirey, 91, I, 157 ; Dalloz, 91, I, 201, et *Pandectes françaises*, 91, I, 302. — *Sic* Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 418 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, texte et note 7, p. 217.

[2] Aix, 16 août 1872, Dalloz, 74, II, 131.

cle 2135, qui parle de « la dot » sans faire de distinction, ne peut fournir d'objection contre la solution que nous défendons. Ce texte se place dans l'hypothèse la plus fréquente, celle où la femme est créancière de sa dot, et il ne peut avoir pour but de donner une hypothèque à celle-ci quand elle n'a pas de créance à garantir.[1]

758. — La femme pourra exercer son hypothèque légale non seulement pour le recouvrement de la dot que son mari a touchée, mais aussi pour le recouvrement de celle qui aurait été touchée par un tiers, par exemple par le père du mari : le mari avait seul qualité pour recevoir la dot que la femme lui apportait pour soutenir les charges du ménage, et il est responsable du tiers qu'il s'est substitué pour cette réception.[2]

759. — L'hypothèque légale garantit les créances de la femme contre son mari, sous quelque régime que les époux soient mariés ; la loi ne distingue pas et ne devait pas distinguer, car la femme, étant réputée incapable de défendre ses intérêts, doit être protégée sous tous les régimes contre les conséquences de l'administration de son patrimoine par le mari. Il importe peu que cette administration ait été autorisée ou non par le régime matrimonial adopté par les époux, la femme devant être protégée également, nous dirions volontiers surtout protégée contre les actes irréguliers d'immixtion du mari dans la gestion de sa fortune.

C'est ainsi que la femme aura hypothèque pour la restitution de sa dot non seulement sous le régime exclusif de communauté, où l'article 1531 donne au mari le pouvoir d'administrer cette dot, mais aussi sous le régime de la sé-

[1] Rennes, 24 juillet 1891, Dalloz, 93, II, 403. — Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, p. 219 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 435 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques*, III, n° 884 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 982.

[2] Montpellier, 3 janvier 1827, Sirey, C. N., VIII, II, 305 ; Cassation, 30 mars 1831, Sirey, 31, I, 343. — Aubry et Rau, III, § 264, texte et note 15, p. 219.

paration de biens, où la femme conserve, d'après l'article 1536, « l'entière administration de ses biens meubles et im- « meubles » ; si le mari usurpe cette administration de la dot, la restitution qu'il en doit faire sera garantie par l'hypothèque légale.[1]

La solution doit être la même pour la restitution des biens paraphernaux constitués en dot à la femme dotale, lorsqu'elle en a confié ou laissé prendre l'administration à son mari : comme le dit très bien la Cour de cassation, « il ré- « sulte des termes généraux de l'article 2121 que l'hypo- « thèque légale de la femme mariée sur les biens du mari « garantit tous ses droits et créances, sans exception et sans « distinction, et elle garantit par conséquent la créance de « la femme dotale à raison des valeurs paraphernales re- « çues par le mari ».[2]

760. — C'est à la femme, qui demande à exercer son hypothèque légale pour la restitution de sa dot, à faire la preuve de la réception par le mari des valeurs dont elle demande la restitution : c'est la règle de droit commun de l'article 1315, tout demandeur doit faire la preuve du fait juridique qui sert de base à sa demande.[3]

Mais il n'est pas nécessaire que la femme fournisse cette preuve par un acte ayant date certaine : que le mari ait agi

[1] Cassation, 31 mars 1879, Dalloz, 79, I, 425. — Laurent, XXX, n° 338.

[2] Cassation, 1er mai 1893, Sirey, 94, I, 281, et Dalloz, 94, I, 57. — *Sic* Montpellier, 26 avril 1846, Sirey, 47, II, 459, et Dalloz, 47, II, 70 ; Paris, 9 février 1856, Dalloz, 56, II, 95 ; Cassation, 4 février 1868, Sirey, 68, I, 113, et Dalloz, 68, I, 57 ; Paris, 7 juillet 1874, Dalloz, 76, II, 65 ; Cassation, 31 mars 1879, Dalloz, 79, I, 425. — Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 410 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* texte et note 14, p. 218 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 439 ; Laurent, XXX, n° 339. — *Contrà,* Grenoble, 18 juillet 1814, Sirey, C. N., IV, II, 399. — Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 232. — *Adde, Infrà,* Tome II, ns 782.

[3] Cassation, 2 septembre 1806, Sirey, C. N., I, I, 284. — Merlin, QUESTIONS, V° *Hypothèque,* § III, n° 3 ; Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 234 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* texte et note 16, p. 219.

en vertu des pouvoirs que lui donne le régime adopté, ou qu'il ait usurpé les pouvoirs de la femme pour recevoir des sommes laissées à l'administration de celle-ci, la femme a été, dans les deux cas, dans l'impossibilité de se procurer un acte ayant date certaine pour constater un paiement auquel elle a été étrangère ; et les ayants-cause du mari, créanciers ou héritiers, ne peuvent invoquer contre elle l'article 1328, alors que c'est par le fait de leur auteur qu'il n'a pas été satisfait aux exigences de ce texte.[1]

Bien plus, si la réception des valeurs réclamées par la femme a eu lieu au cours du mariage, et que le mari n'ait pas fait faire inventaire, la femme pourra prouver tant par témoins que par commune renommée la consistance et la valeur du mobilier non inventorié, dans les termes de l'article 1315 du Code civil.[2]

Ajoutons encore que, si les époux sont mariés sous le régime dotal, et que le mariage ait duré pendant dix ans, la femme ou ses héritiers n'auront pas à faire la preuve de la réception de la dot pour bénéficier de l'hypothèque, par application du principe écrit dans l'article 1569.[3]

761. — Une exception notable aux principes que nous venons d'exposer est apportée par l'article 563 du Code de commerce, au cas de faillite du mari, et dans l'hypothèse où celui-ci était commerçant au moment du mariage, ou n'ayant pas de profession déterminée, l'est devenu dans l'année.

L'exception de l'article 563 porte sur trois points, l'un dont nous n'avons pas à nous occuper en ce moment,[4] la détermination des immeubles sur lesquels s'exerce l'hypothèque de la femme, et deux qui constituent des dérogations directes aux règles de l'article 2135 que nous étudions : la première dérogation est relative aux créances garanties par

[1] Cassation, 16 juillet 1817, Sirey, C. N., V, I, 349.
[2] *Voir* notre *Traité du Contrat de Mariage,* II, nos 644-659.
[3] *Voir* notre *Traité du Contrat de Mariage,* IV, nos 2132-2140.
[4] *Infrà,* Tome II, n° 823.

l'hypothèque de la femme, la seconde aux modes à l'aide desquels ces créances peuvent être établies.

Quant aux créances garanties par l'hypothèque légale, tandis que, en droit commun et comme nous venons de le dire avec l'article 2135, toutes les créances de la femme contre son mari sont protégées par l'hypothèque, l'article 563 du Code de commerce indique *limitativement* les seules créances auxquelles cette hypothèque est attachée : les deniers ou effets mobiliers apportés en dot par la femme, ou à elle advenus depuis le mariage par succession, donation ou legs, le remploi de ses propres aliénés, et l'indemnité des dettes par elle contractées avec son mari, ce qui exclut toute hypothèque, notamment, pour les « conventions ma- « trimoniales », et à ce titre pour les donations faites à la femme par contrat de mariage.

Quant à la preuve du paiement ou de la délivrance des deniers et effets mobiliers apportés par la femme en dot ou à elle advenus à titre gratuit depuis le mariage, elle ne peut se faire que « par acte *ayant date certaine* ». Il est à remarquer toutefois que cette preuve n'est exigée qu'au point de vue hypothécaire, et en tant que la femme ou ses héritiers veulent agir sur les immeubles « soumis à l'hypothèque », comme le dit l'article 563.

Mais si, au lieu de demander à exercer l'hypothèque légale, la femme ou les héritiers veulent seulement se faire admettre dans la masse comme créanciers chirographaires, cette double restriction n'existe pas : l'article 563 n'a en effet qu'un but, comme l'indique son texte, déterminer les immeubles qui sont « seuls soumis à l'hypothèque légale » et les créances pour lesquelles cette hypothèque peut être exercée. Mais, en tant qu'il s'agit des droits de la femme comme créancière chirographaire, les restrictions de l'article 563 sont inapplicables, et le droit commun reprend son empire.[1]

L'interprétation de l'article 563 du Code de commerce,

[1] Limoges, 29 juin 1839, Sirey, 40, II, 9 ; Douai, 27 mai 1841, Sirey, 41, II, 450 ; Lyon, 29 avril 1850, Sirey, 52, II, 598.

dont nous venons d'indiquer le but général, fait naître beaucoup de questions; mais ces questions appartiennent à l'étude du Code de commerce, non à celle de nos lois civiles, et nous devons nous borner à indiquer, sans développement, l'exception que ce texte apporte au droit commun de l'article 2135.

762. — L'hypothèque donnée par l'article 2135 aux femmes mariées à raison de leur « dot » peut-elle être réclamée par la femme dotale, dont les immeubles ont été indûment aliénés, en dehors des cas dans lesquels la loi ou le contrat de mariage en autorise l'aliénation?

La question est controversée, et une opinion soutient que la femme ou ses héritiers n'ont qu'un droit, celui de demander la révocation de l'aliénation indûment faite, droit que leur accorde l'article 1560 ; et, du moment où ils peuvent obtenir cette révocation contre l'acquéreur qui est en faute d'avoir indûment acheté le bien dotal, ils n'ont pas le droit d'opter pour l'action en indemnité contre le mari, et de porter ainsi préjudice, au moyen de l'hypothèque légale, aux autres créanciers du mari, qui n'ont, eux, commis aucune faute.

Nous avons étudié cette controverse en traitant du régime dotal, et notre avis a été et est que la femme ou ses héritiers ont le choix d'agir par l'action révocatoire contre l'acquéreur du bien dotal, ou, sans attaquer l'aliénation, d'agir contre le mari pour obtenir l'indemnité du bien aliéné ; et, dans ce dernier cas, leur créance sera garantie par l'article 2135. Nous ne reviendrons pas sur cette discussion, et nous rappellerons seulement que, dans le système adopté par nous, si les immeubles du mari sont aliénés au cours du mariage, avant que la femme ait exercé son option entre l'action révocatoire et l'action en indemnité, la femme pourra obtenir une collocation provisoire sur les immeubles du mari.[1]

[1] *Voir* notre *Traité du Contrat de Mariage,* IV, n° 1891, et les autorités qui y sont citées dans les deux sens. — *Adde,* dans le

763. — L'hypothèque légale accordée pour « la dot » ne garantit pas seulement le recouvrement du principal de la dot, mais aussi des intérêts ou des fruits courus depuis la dissolution du mariage ou depuis la séparation de biens, en un mot depuis l'époque où le mari devient débiteur de ces intérêts ou de ces fruits, et en tant qu'ils ne sont pas atteints par la prescription spéciale aux intérêts des créances hypothécaires de l'article 2151. La raison en est que la dot, qui doit être restituée par le mari et dont l'article 2135 a pour but de protéger la restitution, se compose de deux éléments, l'un principal, le capital, l'autre accessoire, les intérêts ou les fruits ; et comme ces créances sont dues par le mari au même titre et en sa qualité de mari, elles sont protégées de la même manière par l'hypothèque légale.[1]

764. — Après avoir accordé une hypothèque à la femme pour sa dot, l'article 2135 la lui accorde pour ses « *conventions matrimoniales* ».

Ces expressions comprennent, comme le font remarquer avec raison MM. Aubry et Rau, deux catégories bien distinctes de créances, qui seront l'une et l'autre protégées par l'hypothèque légale : d'abord les créances qui naissent de l'administration conférée au mari sur les biens de la femme par le régime matrimonial adopté, puis celles qui résultent des avantages conférés à la femme par une clause expresse du contrat ou par la loi à raison d'une interprétation présumée de la volonté des époux.

765. — L'hypothèque légale de la femme garantit d'abord, disons-nous, les créances nées de l'administration que le mari a eue en vertu du contrat de mariage, ou

sens de l'opinion accordée à la femme et aux héritiers de celle-ci, Tribunal de Riom, 13 août 1886, *Pandectes françaises*, 87, II, 421 ; Toulouse, 18 novembre 1889, Dalloz, 90, II, 199. — Martou, *Des Privilèges et Hypothèques*, III, n° 884.

[1] Riom, 17 décembre 1846, Dalloz, 48, I, 170 ; Bordeaux, 10 août 1849, Dalloz, 52, II, 102. — Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 418 *ter* ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 436 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques*, III, n° 884.

comme conséquence légale du régime adopté par les époux.

Les « conventions matrimoniales » comprennent en effet tout ce qui a trait au règlement des intérêts pécuniaires des époux : et si le contrat de mariage donne au mari l'administration des biens propres de la femme, les dettes dont le mari est tenu à propos de cette administration prennent leur source dans les « conventions matrimoniales », qui ont conféré au mari les pouvoirs dans l'exercice desquels il est devenu débiteur. Il en sera de même si, par suite du régime adopté, la loi donne au mari l'administration des propres de la femme, comme sous le régime de la communauté légale : lorsque les époux n'ont pas fait de contrat et que la loi crée pour eux le régime de la communauté, elle le fait par interprétation de leur volonté,[1] et le mandat donné en pareil cas au mari, quoique légal en apparence, découle en réalité de la volonté présumée des parties.

Le mari a donc, dans l'une et l'autre de ces deux hypothèses, un mandat qui lui est donné par les « conventions « matrimoniales », expressément ou tacitement adoptées par les époux, et le paiement des sommes dont il peut être comptable à raison des fautes par lui commises dans l'exécution de ce mandat est protégé par l'hypothèque légale.[2]

766. — Les « conventions matrimoniales » dont parle l'article 2135 s'étendent, en second lieu, aux avantages faits à la femme par le mari dans le contrat de mariage, ou accordés par la loi à la femme survivante, par interprétation de la volonté présumée des époux.

Les avantages expressément faits à la femme par le mari constituent au premier chef une partie des conventions matrimoniales, et, à ce point de vue, l'article 2135 est directement applicable dans son texte, et aussi dans ses motifs, qui sont d'assurer la complète exécution des stipulations de toute nature insérées dans le contrat au profit de la femme.

Mais il faut, pour qu'il en soit ainsi, que ces avantages

[1] *Voir* notre *Traité du Contrat de Mariage,* I, n° 344.

[2] Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* p. 220.

soient appelés à être exécutés sur les biens du mari, et l'hypothèque légale n'existerait pas s'ils devaient s'exécuter seulement sur les biens de la communauté. L'hypothèque de la femme garantit le paiement de ses créances contre son mari, elle ne garantit pas l'exécution de conventions qui n'obligent pas le patrimoine du mari : cette hypothèque est une modalité des créances de la femme contre le mari, elle ne peut à aucun titre s'étendre aux créances de la femme contre la communauté seule.

C'est ainsi que l'hypothèque n'existera pas pour garantie du préciput de communauté stipulé au profit de la femme, dans les termes des articles 1510 et suivants, et cela même dans le cas où la femme aurait droit à ce préciput en renonçant à la communauté. L'opinion contraire a été adoptée par M. Duranton,[1] mais son opinion est restée et devait rester isolée : même pour la femme renonçante, le préciput n'est qu'un droit contre la communauté, non contre le mari, et il ne peut être garanti par une hypothèque que l'article 2121 établit « pour les droits et créances des « femmes mariées sur les biens de leur mari ».

De même encore la femme n'aura pas d'hypothèque pour garantir sa part dans les biens de la communauté : son droit est assuré en pareil cas par le privilège de copartageant, et non par une hypothèque sur les biens de son mari.[2]

767. — Nous croyons, par les mêmes raisons, que la femme n'a pas d'hypothèque pour garantie de l'usufruit qui lui est attribué, à titre de convention de mariage, sur

[1] XX, n° 23.

[2] Paris, 3 décembre 1836, Sirey, 37, II, 273 ; Cassation, 15 juin 1842, Sirey, 42, I, 631 ; Bordeaux, 2 mars 1848, Sirey, 48, II, 349, et Dalloz, 48, II, 79 ; Cassation, 9 janvier 1855, Sirey, 55, I, 125, et Dalloz, 55, I, 28 ; Nîmes, 24 mars 1858, Sirey, 59, II, 203 ; Bastia, 25 janvier 1862, Sirey, 62, II, 453, et Dalloz, 68, II, 147 ; Bordeaux, 2 juin 1875, Dalloz, 76, II, 143. — Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2135, n° 7 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* texte et note 21, p. 221 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 435 ; Laurent, XXX, n° 351.

la totalité ou sur une partie des biens de communauté.

La Cour d'Amiens a jugé au contraire que l'hypothèque légale existait de ce chef, par le motif que cette clause, lorsqu'elle est réciproque, qu'elle existe au profit de l'époux survivant, quel qu'il soit, n'est pas une donation, mais un pacte intéressé de part et d'autre ; et, si c'est la femme qui est appelée à en profiter, elle se trouve créancière de son mari par suite des conventions matrimoniales, ce qui doit lui assurer une hypothèque légale.[1]

Ces raisons ne peuvent nous convaincre. Sans doute, il est vrai de dire que ces gains de survie réciproques et par suite aléatoires ne sont pas des donations, mais des conventions de mariage à titre onéreux ; mais cette observation ne tranche pas la question. En effet, que cette convention soit à titre onéreux ou à titre gratuit, elle n'en a pas moins pour résultat unique de déterminer la part de l'époux survivant dans les bénéfices de communauté, et dès lors elle n'est pas plus garantie par l'hypothèque légale que toutes les autres conventions relatives au partage, égal ou inégal, des biens de la communauté.[2]

768. — Si, au lieu d'avantages faits exclusivement sur les biens de la communauté, il s'agit de libéralités faites par le mari à la femme au cas de survie de celle-ci, nous disons que l'hypothèque légale les protège.

Il en sera ainsi, d'abord, pour toutes les donations ou gains de survie portant sur les biens présents du mari. Ces donations sont parfaites par le seul effet du contrat de mariage suivi du mariage ; elles dessaisissent actuellement et irrévocablement le mari donateur, sous la condition que la femme donataire lui survivra, mais cette condition n'altère nullement les effets actuels et irrévocables de la donation. Elle est donc une convention de mariage, rentrant à ce titre dans le texte et dans l'esprit de l'article 2135.[3]

[1] Amiens, 11 décembre 1876, Sirey, 77, II, 216.
[2] Bordeaux, 22 juillet 1869, Sirey, 70, II, 80, et Dalloz, 71, II, 89.
[3] Nîmes, 9 mars 1831, Sirey, 31, II, 157 ; Douai, 20 août 1835, Si-

On devra considérer comme une donation de biens présents la donation de l'usufruit d'une somme d'argent à partir du décès du mari : cette libéralité constitue une donation actuelle pour la femme, subordonnée seulement à la condition qu'elle survive à son mari.[1]

Il en sera de même encore, à notre avis du moins, de la donation par le mari à la femme d'une rente viagère, pour le cas où elle lui survivrait : là encore, la femme est immédiatement et irrévocablement donataire de cette rente, sous la condition de survie qui n'altère pas le caractère actuel de la libéralité.[2]

Enfin la même solution doit être adoptée, pour les mêmes motifs, en ce qui concerne le droit qui aurait été stipulé dans le contrat de mariage au profit de la femme pour ses habits de deuil : cette « convention matrimoniale » est protégée comme les autres par l'article 2135.[3]

769. — En ce qui concerne la donation de biens à venir faite par le mari à la femme, la question de savoir si elle est garantie par l'hypothèque légale est très controversée, en doctrine et en jurisprudence.

Une opinion, adoptée par un certain nombre d'arrêts de Cours d'appel, et défendue par beaucoup d'auteurs, enseigne que l'hypothèque existe au profit de la femme comme s'il s'agissait d'une donation de biens présents. L'institution contractuelle est, dit-on, une convention matrimoniale au même titre que la donation de biens présents. Sans doute,

rey, 36, II, 34 ; Toulouse, 24 mai 1855, Sirey, 55, II, 491 ; Riom, 12 novembre 1856, Sirey, 57, II, 183 ; Cassation, 27 décembre 1859, Sirey, 61, I, 87, et Dalloz, 60, I, 195 ; Grenoble, 19 décembre 1893, Dalloz, 95, II, 140. — Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, texte et note 22, p. 221 ; Demolombe, *Cours de Code civil*, XXIII, n° 415 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 985.

[1] Grenoble, 8 février 1879, Sirey, 80, II, 69, et Dalloz, 80, II, 149.

[2] Montpellier, 9 août 1886, Sirey, 87, II, 76. — *Contrà*, Toulouse, 30 juillet 1888, Dalloz, 89, II, 25.

[3] Riom, 20 juillet 1853, Sirey, 54, II, 607, et Dalloz, 55, II, 358.

le mari s'étant réservé, par cette forme de libéralité, le droit d'aliéner ses biens à titre onéreux ou de les grever d'hypothèques, la femme ne pourra pas exercer son hypothèque légale contre les tiers acquéreurs, ou au préjudice des créanciers hypothécaires. Mais, si le mari a disposé abusivement à titre gratuit des biens compris dans l'institution, la femme aura contre lui une créance résultant des conventions matrimoniales, qui sera garantie par l'hypothèque légale à l'encontre des créanciers chirographaires du mari. La donation de biens à venir a en effet constitué au profit de la femme une créance irrévocable, quant au titre, et, si des actes sont faits en fraude de cette créance, l'action en dommages et intérêts de la femme doit être protégée par son hypothèque légale, au moins à l'encontre des créanciers chirographaires du mari.[1]

770. — A notre avis, au contraire, l'hypothèque légale ne doit pas être donnée pour garantie de l'institution contractuelle. L'hypothèque est la garantie d'une créance, et le donataire de biens à venir n'est point un créancier : il est, suivant les expressions de l'ancienne pratique coutumière qui sont encore employées aujourd'hui, un « institué con- « tractuel », c'est-à-dire un héritier institué par contrat au lieu de tenir ses droits de la parenté ; mais il n'a que les droits d'un héritier, c'est-à-dire un droit éventuel de succession, auquel ne peut s'appliquer l'hypothèque légale.

C'est d'ailleurs une singulière hypothèque que lui donne la théorie que nous combattons, puisqu'elle n'aura ni droit de suite contre les tiers acquéreurs des biens du mari, ni

[1] Bordeaux, 21 février 1851, Dalloz, 54, II, 150 ; Paris, 18 juin 1870, Dalloz, 71, II, 156 ; Paris, 15 juin 1874, Dalloz, 77, II, 208 ; Paris, 7 juillet 1874, Dalloz, 76, II, 65 ; Amiens, 11 décembre 1876, Sirey, 77, II, 216 ; Grenoble, 8 février 1879, Sirey, 80, II, 69, et Dalloz, 80, II, 149. — Duranton, XX, n° 27 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, texte et note 23, p. 221 ; Labbé, *Note*, Sirey, 75, II, 257 ; Laurent, XXX, n° 343 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques*, n° 91 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 985. — *Compar.* Cassation, 19 août 1840, Sirey, 40, I, 849.

droit de préférence contre les créanciers hypothécaires de celui-ci, et qu'elle sera réduite à un simple droit de préférence vis-à-vis des créanciers chirographaires. Or les articles 2121 et 2135 n'organisent pas deux sortes d'hypothèque légale au profit de la femme, l'une complète, l'autre amoindrie, et il nous semble impossible de créer pour elle un droit hypothécaire ainsi limité. La femme n'a alors qu'un legs irrévocable, et elle ne peut réclamer une hypothèque qui ne doit exister que pour garantie d'une créance.[1]

771. — Dans tous les cas, et lors même que l'on adopterait l'opinion que nous venons de combattre, il faudrait admettre avec elle que la femme n'aura d'hypothèque que sur les immeubles du mari qui existent dans son patrimoine au moment de son décès, et sous la réserve des hypothèques qu'il aurait consenties. Le mari, en faisant une donation de biens à venir, se réserve de disposer de sa fortune, à titre onéreux, et la femme ne peut au moyen de son hypothèque, si on lui en reconnaît une, troubler ni les acquéreurs ni les créanciers hypothécaires.[2]

772. — La femme doit avoir aussi une hypothèque légale pour garantir les avantages que la loi lui accorde dans le cas où elle survit à son mari : de même que la communauté légale n'est établie dans la loi que par interprétation de la volonté des futurs époux, et parce que le législateur suppose que c'est le régime qui a leur préférence, de même les

[1] Caen, 3 janvier 1854, Dalloz, 54, II, 150 ; Cassation, 16 mai 1855, Sirey, 55, I, 490, et Dalloz, 55, I, 245 ; Rouen, 11 juillet 1856, Sirey, 57, II, 359, et Dalloz, 57, II, 109 ; Rouen, 10 décembre 1856, Sirey, 57, II, 361, et Dalloz, 57, II, 109 ; Bordeaux, 15 décembre 1868, Sirey, 69, II, 251, et Dalloz, 69, II, 244 ; Chambéry, 1er mai 1874, Sirey, 75, II, 257, et Dalloz, 75, I, 486. — Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 438 ; Demolombe, *Cours de Code civil,* XVIII, n° 415 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* III, n° 888; Lyon-Caen, Sirey, *Note,* 1875, II, 129.

[2] Cassation, 4 février 1835, Sirey, 35, I, 507 ; Cassation, 12 mai 1875, Sirey, 76, I, 77, et Dalloz, 75, I, 347. — Aubry et Rau, *Op. et Loc. citat.* — *Compar.* Cassation, 23 mai 1841, Sirey, 41, I, 298.

avantages faits à la femme survivante ne sont créés que par interprétation de la volonté du mari. La loi suppose, pour les accorder à la femme, que le mari les aurait certainement faits, s'il avait prévu à temps son prédécès. Avec une telle base, ces avantages doivent jouir des mêmes prérogatives que s'ils étaient formellement stipulés dans le contrat de mariage.

Telle est d'abord, dans cet ordre d'idées, la créance accordée à la femme pour son deuil par les articles 1481 et 1570. On objecte, il est vrai, que cette créance ne paraît, d'après les termes de l'article 1481, établie « que contre « les héritiers », ce qui s'explique, car c'est pour eux, mais pour eux seuls et non pour les créanciers, un devoir de faire honorer la mémoire du mari. On ajoute qu'il serait regrettable de voir la femme troubler, pour l'exercice d'un droit de cette nature, les créanciers et les acquéreurs avec lesquels le mari a traité. Enfin, ceux des partisans de ce système qui admettent pour la femme un privilège à raison des frais de deuil, par interprétation de l'article 2101, 2°, observent que l'hypothèque légale est inutile à la femme, déjà armée d'un privilège pour cette créance.[1]

Ces objections ne nous paraissent pas décisives. Nous écartons d'abord celle tirée de l'inutilité de l'hypothèque légale, car nous avons pensé que le privilège accordé pour « les frais funéraires » par l'article 2101 ne pouvait être étendu à la créance pour frais de deuil de la femme.[2] Quant aux objections déduites du caractère de cette créance et de l'injustice qu'il y aurait à l'opposer aux acquéreurs et aux créanciers du mari, nous répondrons qu'il en est ainsi lorsque cette créance résulte d'une clause formelle du contrat de mariage;[3] et, comme son caractère est le même dans les

[1] Bordeaux, 25 janvier 1858, Sirey, 58, II, 410. — Merlin, Répert., V° *Deuil*, § I, n° 8 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 418 *bis* ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I. n° 437.

[2] *Suprà*, Tome I, n° 206.

[3] *Suprà*, Tome II, n° 766.

deux cas, il n'est pas injuste de l'entourer des mêmes garanties.[1]

La même solution doit être donnée, par les mêmes motifs, pour les aliments et l'habitation auxquels la femme mariée sous le régime dotal a droit pendant l'année de deuil, en renonçant pendant cette période aux intérêts de sa dot : l'article 1570 lui accorde ce droit en même temps que le droit aux habits de deuil, et ces deux créances sont évidemment de même nature.[2]

773. — La femme a-t-elle droit d'exercer son hypothèque légale pour la créance d'aliments qu'elle a contre son mari, soit à titre de mesure provisoire pendant le cours de l'instance en séparation ou en divorce, soit en vertu du jugement qui prononce la séparation de corps, ou même, dans l'hypothèse exceptionnelle de l'article 301, le divorce ?

La question est très controversée.

Pour soutenir que cette créance n'est pas garantie par l'hypothèque légale, on invoque les arguments suivants. Les diverses créances ayant hypothèque légale, qu'énumère l'article 2135, ont un caractère commun qui révèle la pensée du législateur dans la constitution de l'hypothèque de la femme : elles ont trait à la conservation et à la restitution du patrimoine de la femme, dont le mari a eu la jouissance et même la disposition ; c'est donc uniquement aux créances de cette nature que l'hypothèque doit être réservée. De plus, le droit à une pension alimentaire n'existe pas seulement pour la femme, mais aussi pour le mari, et on ne compren-

[1] Toulouse, 6 décembre 1824, Sirey, C. N., VII, II, 455 ; Cassation, 29 août 1838, Sirey, 38, I, 769 ; Alger, 6 mars 1882, Sirey, 84, II, 637 ; — Proudhon, *De l'Usufruit,* I, n° 212 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* texte et note 25, p. 222-223 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* III, n° 889 ; Laurent, XXX, n° 345 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 91 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 986.

[2] Cassation, *Arrêt précité* du 29 août 1838. — Aubry et Rau et Martou, *Op. et Loc. citat.*

drait pas que, dans ce droit réciproque, la créance de la femme fût protégée par l'hypothèque légale tandis que celle du mari n'a pas la même garantie. Enfin l'intérêt général s'oppose à l'extension d'une garantie qui, si elle n'est pas limitée, nuira aux tiers de bonne foi : si le législateur a entendu, dans l'article 2135, ne donner un rang hypothécaire aux diverses créances de la femme qu'à dater du jour où les tiers auront pu les connaître, il a voulu, par la loi du 10 juillet 1850, permettre aux tiers de connaître le contrat de mariage des époux, d'où dériveront les causes les plus importantes de l'hypothèque de la femme ; et ces précautions deviendraient inutiles si, au moment de la séparation de corps ou du divorce, la femme pouvait prélever sur le gage des créanciers le capital suffisant pour assurer le service de la pension à laquelle elle aura fait condamner le mari.[1]

774. — Nous croyons au contraire que l'hypothèque légale doit garantir la créance de la pension alimentaire allouée à la femme.

Nous invoquerons d'abord en ce sens la généralité des termes de l'article 2121, qui accorde l'hypothèque légale aux femmes mariées pour « leurs droits et créances » contre leur mari : ces expressions générales écartent la distinction que l'on propose entre les créances relatives à l'administration et à la restitution du patrimoine de la femme, et celles relatives à d'autres causes.

On objecte que l'article 2135 ne prévoit que des créances de cette nature : nous répondrons que l'article 2135 ne peut avoir pour but de restreindre la portée de l'article 2121. Il indique la date à laquelle l'hypothèque prendra rang pour les principales créances de la femme, celles relatives à son

[1] Grenoble, 6 février 1868, Sirey, 68, II, 138 ; Lyon, 16 juillet 1881, Sirey, 82, II, 237, et Dalloz, 82, II, 175 ; Caen, 21 août 1883, Sirey, 84, II, 30 ; Besançon, 21 décembre 1894, Sirey, 95, II, 28, et Dalloz, 95, II, 230. — Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 418 *bis ;* Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* texte et note 6, p. 217 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 90 ; Wahl, *Note,* Sirey, 1895, II, 25.

patrimoine, et ne parle pas des autres ; mais il est généralement admis, comme nous le verrons bientôt, que ce texte n'est pas limitatif, et il n'y a dès lors aucun argument à tirer de ce qu'il ne prévoit pas la créance relative à la pension accordée à la femme.

On ne comprendrait pas d'ailleurs comment une créance aussi importante serait dépourvue de la garantie de l'hypothèque légale. Sans doute il est important que le patrimoine de la femme lui soit restitué ; mais, si elle n'a pas de patrimoine ou si elle n'a qu'un patrimoine insuffisant, il n'est pas moins important que la pension alimentaire qui lui est allouée soit payée. De plus, si le chiffre de la pension alimentaire est fixé par le jugement rendu sur la demande de la femme, le droit aux aliments, que ce jugement reconnaît et déclare, naît du fait même du mariage ; il existe pendant le mariage, ainsi qu'il résulte de l'article 212, il survit à la séparation de corps et parfois même au divorce, mais c'est dans le fait même du mariage qu'il prend naissance, et, à ce titre, il doit être garanti par l'hypothèque légale, comme toutes les obligations pécuniaires qui naissent du mariage au profit de la femme contre le mari.[1]

775. — La solution que nous venons de donner à propos de la pension alimentaire à laquelle le mari est con-

[1] Nancy, 3 juin 1882, Sirey, 82, II, 248 ; Cour de cassation de Belgique, 2 juillet 1891, Sirey, 91, IV, 30 ; Tribunal de la Seine, 28 novembre 1891, *Pandectes françaises,* 93, II, 195 ; Dijon, 16 juin 1893 et 4 juin 1894, Sirey, 95, II, 25 ; Dalloz, 94, II, 25 ; et *Pandectes françaises,* 94, II, 33, et 95, II, 78 ; Douai, 16 mai 1895, Sirey, 95, II, 269 ; Tribunal de Carpentras, 11 juin 1895, *Pandectes françaises,* 96, II, 49 ; Cassation, 25 juin 1895, Sirey, 95, I, 348 ; *Pandectes françaises,* 96, I, 174 ; et *France judiciaire,* 95, II, 358. — Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* III, n° 891 ; Colmet de Santerre, IX, n° 105 *bis,* XVI ; Laurent, XXX, n° 346 ; Louis-Lucas, *Note, Pandectes françaises,* 1894, II, 33 ; de Loynes, *Note,* Dalloz, 1894, II, 25 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 981.

damné doit être étendue, à notre avis, à la pension alimentaire que la succession du mari prédécédé devrait à la femme, en vertu du nouvel article 205 du Code civil, modifié par la loi du 9 mars 1891. Les raisons de décider sont les mêmes, il s'agit toujours d'une dette alimentaire qui prend sa source dans le mariage, et qui constitue une créance de la femme, protégée par la règle générale de l'article 2121.

Si l'on objecte que cette créance ne prend naissance qu'après la dissolution du mariage par la mort du mari, nous répondrons deux choses : la première, qu'il en est ainsi des gains de survie stipulés dans le contrat de mariage, pour lesquels personne ne doute qu'il existe une hypothèque légale ; la seconde, que si cette créance n'est exigible qu'après la dissolution du mariage, elle n'en naît pas moins éventuellement, comme la dette alimentaire en général, au moment et par le fait du mariage.

776. — Au contraire, nous pensons que l'hypothèque légale ne doit pas être donnée pour garantir les droits d'usufruit ou de rente viagère créés pour la femme survivante par la loi du 9 mars 1891, modificative de l'ancien article 767.

Cela est vrai d'abord lorsqu'il ne s'agit que de garantir l'exercice du droit d'usufruit directement constitué par cette loi. On discute sur le point de savoir si ce droit a le caractère d'un droit successoral établi par la loi, ou d'une sorte de legs créé par le législateur d'après la volonté présumée de l'époux prédécédé.[1] Mais, quelle que soit l'opinion que l'on adopte, que l'on qualifie ce droit de legs ou de droit successoral, ce n'est pas une créance, mais un droit réel d'hérédité testamentaire ou *ab intestat* sur les biens du *de cujus*, et l'hypothèque légale n'est attachée qu'aux créances.

Nous croyons que cela est vrai encore lorsque le droit d'usufruit a été transformé en rente viagère, conformément

[1] *Voir* Gerbault et Dubourg, *Code des droits successoraux des époux*, n° 39,

à la faculté accordée aux héritiers par le nouvel article 767. Cette rente viagère n'a pas pris naissance, même en germe, pendant le mariage : elle naît après sa dissolution, par la volonté des héritiers qui la substituent au droit d'usufruit existant sur les biens héréditaires, et cette transformation opérée après la dissolution du mariage ne peut donner lieu à l'hypothèque légale créée au profit des femmes mariées.

777. — La femme a hypothèque, d'après le texte de l'article 2135, « pour les sommes dotales qui proviennent « de successions à elle échues ou de donations à elle fai- « tes ». Il en sera ainsi pour les libéralités de toute nature que la femme peut recevoir pendant le mariage, non seulement pour les donations directes, mais aussi pour les donations indirectes, comme la remise de dette.[1]

L'hypothèque existera au profit de la femme, pour les valeurs provenant de successions ou de donations, dans tous les cas, sans que l'on ait à rechercher si le mari devait faire emploi des sommes qu'il a touchées pour ces causes. S'il devait faire emploi et ne l'a pas fait, la faute qu'il a commise en ne se conformant pas aux clauses du contrat de mariage ne peut supprimer la garantie établie par la loi d'une manière absolue, et pour toutes les sommes qui proviennent à la femme de succession ou de donation.[2]

778. — La femme a encore hypothèque, d'après l'article 2135, pour « l'indemnité des dettes qu'elle a contractées « avec son mari » : en effet, aux termes de l'article 1431, la femme qui s'oblige avec son mari n'est réputée, à l'égard de celui-ci, s'être obligée que comme caution. Cet engagement de la femme vis-à-vis des tiers constitue donc, dans les rapports de la femme et du mari, une créance ordinaire de celle-ci, donnant droit, comme toutes ses créances, à la garantie de l'hypothèque légale.

Mais il faut, pour qu'il en soit ainsi, que la femme se soit obligée, comme le dit l'article 1431, « pour les affaires de

[1] Pau, 17 juin 1889, Dalloz, 90, I, 21.

[2] Nîmes, 28 janvier 1879, Sirey, 79, II, 263, et Dalloz, 80, II, 127.

« la communauté ou du mari ». Nous avons dit en effet, en étudiant l'article 1431, que si la femme s'est obligée avec le mari dans son propre intérêt, à elle, par exemple pour payer des dettes à elle propres, elle ne devient pas du tout créancière de celui-ci ; et, si elle s'est obligée à la fois dans l'intérêt de son mari et dans le sien, comme pour la constitution de dot à un enfant commun, elle ne sera créancière que de la moitié de la somme pour laquelle elle s'est engagée avec son mari.[1] Comme la femme ne peut avoir d'hypothèque que dans la mesure où elle est créancière de son mari, il faudra tout d'abord rechercher si, à raison de l'engagement par elle pris avec son mari, elle est créancière de celui-ci et dans quelle proportion ; et l'hypothèque ne lui sera donnée qu'à concurrence de sa créance.

779. — La femme qui s'est obligée pour son mari pourra exercer son hypothèque légale même avant d'avoir acquitté la dette au paiement de laquelle elle est tenue. Si le mariage vient à être dissous, ou la communauté liquidée avant l'exigibilité de la créance garantie, ou même si, au cours de la communauté, les immeubles du mari sont vendus, la femme pourra demander à être colloquée, en vertu de son hypothèque légale, pour le montant de cette créance, du moment où la dette sera exigible, ou si le mari est tombé en déconfiture ou en faillite. Cette collocation ne sera que provisoire, et les fonds devront être consignés jusqu'au moment où l'on saura lequel des deux obligés, la femme ou le mari, acquittera la dette dont ils sont tenus tous les deux.

Ce droit pour la femme d'obtenir une collocation éventuelle résulte des principes suivants. Elle n'est, comme l'indique l'article 1431 que nous avons rappelé, qu'une caution, dans ses rapports avec son mari ; et, aux termes de l'article 2032, la caution qui n'a pas encore payé la dette par elle cautionnée a une action en indemnité au cas de dé-

[1] *Voir* notre *Traité du Contrat de Mariage*, II, nos 860-862. — *Adde* Caen, 22 novembre 1872, Dalloz, 74, II, 107.

confiture ou de faillite du débiteur, et dans les autres cas prévus par l'article 2032.[1] La femme aura le même droit que les autres cautions, et comme toutes ses créances, actuelles ou éventuelles, sont garanties par l'hypothèque légale, elle pourra se faire colloquer éventuellement en vertu de cette hypothèque.[2]

780. — Si la femme a payé volontairement une dette de son mari, à l'acquittement de laquelle elle ne s'était pas obligée, la créance qui naît de ce paiement sera garantie par l'hypothèque légale, comme si le paiement avait été fait en vertu d'une obligation préexistante. Cette conséquence résulte des principes que nous avons exposés sur l'étendue de l'hypothèque légale donnée à la femme ;[3] elle existe pour toute créance de la femme contre le mari, elle doit donc être donnée aussi bien dans le cas de paiement volontaire que s'il avait eu lieu par suite d'une obligation antérieure. Dans les deux hypothèses le mari est débiteur de la femme, et la généralité des termes de l'article 2121 ne permet pas de restreindre l'hypothèque au cas le plus fréquent prévu par l'article 2135, l'indemnité des dettes « *contractées* » par la femme.[4]

781. — Le droit à l'hypothèque légale, que nous venons de reconnaître avec l'article 2135 pour l'indemnité des dettes que la femme a contractées avec son mari, existe même si le mari est commerçant, et que l'obligation des époux ait été contractée depuis la cessation des paiements du

[1] *Voir* notre *Traité du Cautionnement,* n°s 196-209.

[2] Orléans, 24 mai 1848, Sirey, 50, II, 145, et Dalloz, 48, II, 185 ; Paris, 30 juin 1853, Dalloz, 55, II, 356 ; Caen, 31 août 1863, Dalloz, 64, II, 138 ; Cassation, 24 mai 1869, Sirey, 69, I, 345, et Dalloz, 69, I, 276 ; Nancy, 20 décembre 1871, Dalloz, 72, I, 36 ; Amiens, 26 mai 1874, Dalloz, 76, II, 130 ; Cassation, 26 janvier 1875, Dalloz, 75, I, 52 ; Agen, 20 mars 1889, Dalloz, 90, II, 143 ; Paris, 10 décembre 1890, Dalloz, 97, II, 125 ; Cassation, 11 juillet 1894, Dalloz, 96, I, 113.

[3] *Suprà,* Tome II, n° 756.

[4] Cassation, 29 août 1870, Sirey, 71, I, 157, et Dalloz, 70, I, 353.

mari tombé en faillite, ou dans les dix jours qui la précèdent. Il en serait toutefois différemment, et la femme ne pourrait faire valoir son hypothèque au préjudice de la masse, si elle s'était obligée en connaissant la cessation des paiements du mari, et dans le but de faire fraude aux droits de la masse, en favorisant un ou plusieurs des créanciers du mari.

Cette question se rattache surtout à l'explication des articles 446 et 447 du Code de commerce ; aussi allons-nous nous borner à indiquer les principales raisons des deux solutions que nous adoptons.

Nous disons d'abord que, cessant l'idée de fraude, l'engagement pris par la femme depuis la cessation des paiements du mari ou dans les dix jours qui précèdent est valable, et doit être protégé par l'hypothèque légale. Le motif de décider est que l'article 446, qui annule les hypothèques constituées dans cette période, ne s'applique qu'aux hypothèques conventionnelles ou judiciaires, point aux hypothèques légales.

Pour soutenir que l'hypothèque légale ne peut alors appartenir à la femme, on fait deux objections principales. En premier lieu, dans cette période, le mari, dessaisi du droit de disposer de ses biens, n'a pu valablement autoriser la femme à s'engager : de telle sorte que l'hypothèque n'existera pas parce que l'engagement est nul. En second lieu, il ne peut être permis de faire indirectement ce qui est défendu directement ; et le mari, qui ne pourrait conférer directement dans les délais de l'article 446 une hypothèque à l'un de ses créanciers, ne peut la lui conférer indirectement en autorisant la femme à s'obliger envers lui et à le subroger à son hypothèque légale.[1]

Nous répondrons d'abord qu'aucun texte ni aucun prin-

[1] Poitiers, 16 janvier 1860, Sirey, 60, II, 289, et Dalloz, 60, II, 25 ; Nancy, 4 août 1860, Sirey, 61, II, 119, et Dalloz, 60, II, 166 ; Nancy, 19 mars 1879, Sirey, 79, II, 113, et Dalloz, 80, II, 10. — Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 447.

cipe n'empêche le mari commerçant, dont la faillite est déclarée, d'habiliter sa femme à faire un acte ; à plus forte raison en sera-t-il ainsi dans la période que nous examinons, et qui est antérieure au jugement déclaratif de faillite. Puis, quant aux inconvénients qui peuvent naître pour la masse de l'effet des engagements valablement passés par la femme, ils résultent de l'organisation générale des droits de celle-ci, organisation qui peut, dans des cas exceptionnels, léser les intérêts des tiers.[1]

Mais, si nous refusons, en général, d'annuler l'engagement de la femme ou de lui enlever l'hypothèque légale attachée à tous ses engagements, nous reconnaissons qu'il devra en être autrement dans l'hypothèse prévue par l'article 447 du Code de commerce, lorsque la femme a agi en connaissance de cause, sachant que son mari est sur le point de tomber en faillite et que l'obligation qu'elle prend va avoir pour résultat d'améliorer la situation de certains créanciers au préjudice des autres. La généralité des termes de l'article 447, qui n'est qu'une application de l'article 1167 du Code civil, doit conduire à ce résultat.

782. — Nous avons dit, avec l'article 2135, que la

[1] Cassation, 7 novembre 1848, Sirey, 49, I, 121, et Dalloz, 48, I, 241 ; Cassation, 15 mai 1850, Sirey, 50, I, 609 ; Colmar, 20 novembre 1855, Sirey, 56, II, 580 ; Douai, 29 janvier 1857, Sirey, 57, II, 402, et Dalloz, 57, II, 113 ; Cassation, 25 juillet 1860, Sirey, 61, I, 93, et Dalloz, 60, I, 330 ; Cassation, 24 décembre 1860, Sirey, 61, I, 538, et Dalloz, 61, I, 72 ; Besançon, 10 avril 1865, Dalloz, 65, II, 82 ; Cassation, 9 décembre 1868, Sirey, 69, I, 117, et Dalloz, 69, I, 5 ; Bourges, 1er avril 1870, Sirey, 71, II, 72, et Dalloz, 72, II, 30 ; Bordeaux, 12 mai 1873, Sirey, 73, II, 220 ; Lyon, 6 janvier 1876, Sirey, 76, II, 207 ; Poitiers, 5 mai 1879, Sirey, 79, II, 254, et Dalloz, 79, II, 165 ; Cassation, 27 avril 1881, Sirey, 81, I, 393, et Dalloz, 81, I, 295 ; Poitiers, 20 avril 1885, Dalloz, 86, II, 176 ; Cassation, 18 avril 1887, Sirey, 87, I, 173 ; Dalloz, 87, I, 155 ; et *Pandectes françaises,* 87, I, 265. — Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* texte et note 27, p. 223-224 ; Demangeat et Bravard-Veyrières, *Droit commercial,* V, p. 242 ; Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial,* II, n° 2767.

femme a une hypothèque pour sa « dot », et nous avons ajouté que cette hypothèque s'étend, pour la femme dotale, même au prix de ses immeubles dotaux indûment aliénés, et cela malgré l'existence de l'action révocatoire à son profit.[1]

Nous avons dit encore que cette hypothèque existait pour la restitution de la dot sous tous les régimes, et pour tous les biens apportés par la femme, par exemple, sous le régime dotal, pour la restitution des biens paraphernaux comme pour celle des biens dotaux, du moment où le mari a touché le prix dont la femme demande la restitution, soit en vertu des pouvoirs qui lui appartiennent, soit en usurpant les pouvoirs de la femme.

Complétons cette théorie en faisant remarquer que l'hypothèque de la femme garantit également la restitution du capital de la dot reçue par le mari et celle des revenus de la femme qu'il a indûment encaissés et dont il doit compte, par exemple les revenus des biens paraphernaux de la femme, ou celui des biens de la femme séparée. Dans ces diverses hypothèses en effet la créance de la femme est de même nature, c'est une créance contre son mari, et elle tend à la restitution de ce qui lui est dû sur sa dot : les garanties de cette restitution doivent donc toujours être les mêmes.[2]

[1] *Suprà,* Tome II, n° 759.

[2] *Adde,* aux autorités citées au n° 759, *Suprà* : Cassation, 11 juin 1822, Sirey, C. N., VII, I, 92 ; Lyon, 16 août 1823, Sirey, C. N., VII, II, 260 ; Cassation, 6 juin 1826, Sirey, C. N., VIII, I, 354 ; Cassation, 28 juillet 1828, Sirey, C. N., IX, I, 142 ; Cassation, 5 décembre 1832, Sirey, 33, I, 113 ; Grenoble, 30 mai 1834, Sirey, 34, II, 470 ; Cassation, 9 août 1852, Sirey, 53, I, 197, et Dalloz, 53, I, 156. — Merlin, RÉPERT., V° *Hypothèque,* sect. II, § III, article 4, n° 2 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n°s 410 et suiv. ; Valette, *Des Privilèges et Hypothèques*, n° 136 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, texte et note 14, p. 218 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 439 ; Laurent, XXX, n° 349 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 996.

783. — Lorsqu'une femme mariée obtient une condamnation aux dépens contre son mari, l'hypothèque légale doit en garantir le recouvrement.

Cela est vrai, d'abord lorsqu'il s'agit de dépens d'une instance ayant pour but de faire reconnaître ou liquider une créance de la femme contre le mari. Dans ce cas, la créance de la femme étant garantie par l'hypothèque légale, les dépens, qui ne sont que l'accessoire de la créance, doivent suivre sa condition et être protégés par les mêmes garanties : c'est du moins l'opinion que nous avons adoptée, en examinant, en thèse générale, quel est le sort des dépens faits à propos de créances garanties par un privilège ou une hypothèque, et nous ne pouvons qu'appliquer cette solution à l'hypothèse particulière de la créance de la femme contre le mari.[1]

Ce principe conduit aux conséquences suivantes : l'hypothèque légale existera pour le recouvrement des frais de l'instance en séparation de biens intentée par la femme, car cette instance a pour but de sauver sa dot.[2] Il en sera de même de l'instance en liquidation de ses droits et reprises, lorsque le jugement de séparation de biens n'a pas liquidé ces droits, mais a renvoyé les parties faire cette liquidation devant un notaire à ce commis.[3]

784. — Que devra-t-on décider pour les dépens de l'instance en séparation de corps ou en divorce ? Ici, le

[1] *Suprà,* Tome I, n° 174.

[2] Paris, 28 décembre 1822, Sirey, C. N., VII, II, 144 ; Douai, 1er avril 1826, Sirey, C. N., VIII, II, 214 ; Cassation, 4 février 1868, Sirey, 86, I, 113, et Dalloz, 68, I, 57 ; Chambéry, 1er mai 1874, Sirey, 75, II, 257 ; Cassation, 10 février 1892, Dalloz, 92, II, 118. — Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 231 ; Troplong, *Des Hypothèques,* II, n° 418 *ter ;* Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* texte et note 9, p. 218 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 439 ; Laurent, XXX, n° 362 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 981. — *Contrà,* Rouen, 12 mars 1817, Sirey, C. N., V, II, 248.

[3] Aubry et Rau, *Op. et Loc. citat.,* Note 12 ; Laurent, XXX, n° 361.

motif que nous invoquions pour les dépens de l'instance en séparation de biens n'existe pas, la demande en séparation de corps ou en divorce n'a point pour but principal la conservation de la dot de la femms, mais une modification dans l'état des personnes, dans la condition des époux ; aussi semble-t-il que ces dépens, qui ne sont relatifs ni à la dot ni aux créances de la femme, mais à la dissolution ou au relâchement du lien civil du mariage, ne doivent pas être protégés par l'hypothèque légale.

Cependant l'opinion contraire est à notre avis préférable. La pensée de la loi, clairement manifestée par ces mots au sens si étendu de l'article 2121, « droits et créances », est la suivante : la femme a, dans le mariage, une situation subordonnée, elle ne peut rien faire pour sauvegarder ses intérêts de toute nature, d'ordre moral ou d'ordre pécuniaire, qui peuvent se trouver atteints pendant le mariage. Pour remédier à cette situation, la loi veut que toutes ses créances, sans distinction, qui naissent contre le mari à raison du mariage soient soumises à l'hypothèque légale. Telle est la créance pour frais de séparation de corps ou de divorce : le jugement qui condamne le mari à ces frais constate, par le fait même de cette condamnation, les torts de celui-ci, et il serait contraire au vœu de la loi que la « créance » des frais faits par la femme pour cette constatation ne fût pas garantie comme ses autres créances.[1]

785. — La solution doit être la même pour les mêmes raisons en ce qui touche les frais faits par la femme pour obtenir l'autorisation de justice pour passer un acte juridique ou pour plaider, au refus de son mari de l'autoriser. Là encore, la femme a été réduite à agir en justice à raison de

[1] Riom, 5 février 1821, Sirey, C. N., VI, II, 360 ; Paris, 28 juillet 1853, Sirey, 54, II, 203 ; Bordeaux, 22 mars 1889, Sirey, 90, II, 52, et Dalloz, 89, II, 280. — Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, texte et note 10, p. 218 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 439 ; Laurent, XXX, n° 363 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Op. et Loc. citat.*

sa subordination vis-à-vis de son mari, et les dépens occasionnés par la résistance de celui-ci, résistance mal fondée puisque l'autorisation a été donnée, constituent une créance aussi favorable que celles que la loi a spécialement désignées dans l'article 2135.[1]

786. — Les dépens de l'instance en séparation de biens doivent être colloqués au rang de l'hypothèque légale de la femme, avons-nous dit, comme les créances de celle-ci, dont ces dépens sont l'accessoire, puisqu'ils ont servi à en garantir le remboursement. Mais nous avons vu, en comparant l'hypothèque légale de la femme et celle du mineur, et nous verrons plus complètement dans le § V de cette section, intitulé *De la date à laquelle l'hypothèque légale de la femme prend naissance*, que le rang de l'hypothèque varie suivant la nature des créances qu'elle garantit : cela étant, avec quelle créance va-t-on colloquer les frais de séparation de biens ?

Le bon sens indique, et la jurisprudence décide que ces frais doivent être répartis proportionnellement entre les diverses créances de la femme, puis chaque créance ainsi augmentée de sa part de frais jouira de l'hypothèque légale à la date que la loi lui assigne. Les frais de séparation ont servi à toutes les créances de la femme, par conséquent à chacune d'elles *pro parte*, et cette partie accessoire suivra le sort du principal de chaque créance.[2]

La solution doit être la même, par identité de motifs, pour les frais judiciaires de liquidation des droits et reprises de la femme.

787. — Les principes que nous venons d'exposer, sur la généralité de l'hypothèque légale de la femme, conduisent à l'accorder pour toutes les créances de celle-ci qui ont pour cause une faute commise par le mari dans l'adminis-

[1] Agen, 15 novembre 1847, Sirey, 48, II, 681, et Dalloz, 48, II, 29. — Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, texte et note 11, p. 218 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 439 ; Laurent, XXX, n° 361.

[2] Grenoble, 6 juillet 1882, Sirey, 84, II, 209, et Dalloz, 83, II, 89.

tration des propres de la femme. Comme les créances dont nous venons de parler, celles qui naissent d'une faute d'administration du mari ont pour cause la subordination de la femme, qui ne peut veiller elle-même au gouvernement de sa fortune, et à cause de cela l'hypothèque doit les garantir.

Il en sera ainsi, par exemple, de la créance pour dégradations que le mari a commises ou laissé commettre sur les immeubles de la femme;[1] ou bien encore de la créance en dommages et intérêts à raison du préjudice causé à la femme par le défaut de transcription d'une donation d'immeubles à elle faite, que cette donation provienne d'un tiers ou qu'elle provienne du mari lui-même. Dans les deux cas en effet il est tenu de faire faire la transcription, en sa qualité d'administrateur des biens propres de la femme.[2]

787 I. — Les intérêts que produisent les créances de la femme au profit desquelles existe l'hypothèque légale, d'après les principes que nous venons de poser, seront eux-mêmes protégés par cette garantie: ils s'incorporent en effet à la créance de laquelle ils naissent, et profitent des avantages comme ils subissent les inconvénients inhérents à la nature de la créance dont ils sont l'accessoire.[3]

Mais, si tout le monde est d'accord sur cette première question, il en naît une autre qui, elle, est discutée : les intérêts que l'hypothèque légale garantit sont-ils seulement les intérêts fixés par l'article 2151 modifié par la loi du 17 juin 1893, trois années seulement? Ou bien doit-on décider que l'article 2151 ne s'applique qu'aux hypothèques inscrites, non aux hypothèques légales? Nous nous bornons à indiquer en ce moment la question, nous l'examinerons

[1] Cassation, 27 décembre 1859, Sirey, 61, I, 87, et Dalloz, 60, I, 105.

[2] Cassation, 10 mars 1840, Sirey, 40, I, 217 ; Angers, 10 mars 1841, Sirey, 41, II, 187. — Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, texte et note 8, p. 217 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 439.

[3] Riom, 3 août 1863, Sirey, 63, II, 171. — Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 436.

plus tard lorsque nous étudierons, dans la *Troisième partie* de ce *Traité*, la portée de l'article 2151.

788. — Quel sera le sort de l'hypothèque légale de la femme, lorsque le mariage est dissous par le décès de celle-ci, et que les créances dont l'hypothèque garantit le paiement restent en la possession du mari survivant à titre d'usufruitier, soit en vertu du contrat de mariage, soit en vertu d'un testament de la femme ?

Voici, à notre avis, à l'aide de quelles distinctions cette question doit être résolue.

En principe, en règle générale, si le mari survivant possède les reprises de la femme non plus en qualité de mari, mais à titre d'usufruitier, l'hypothèque légale cessera d'en garantir le recouvrement. Il s'est opéré dans la possession du mari une interversion, et la créance des héritiers de la femme a été l'objet d'une novation qui a fait disparaître l'hypothèque attachée à cette créance, par application de l'article 1278, aux termes duquel « les privilèges et hypothèques « de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est « substituée ».[1]

Mais il faut pour cela qu'il y ait eu réellement novation, que les anciennes créances contre le mari n'existent plus et qu'il ne soit en possession des reprises de la femme que comme usufruitier ; ce qui ne peut arriver que s'il est intervenu entre lui et les héritiers de la femme une liquidation qui fixe les droits de ceux-ci, et indique de quelles sommes le mari sera désormais comptable à titre d'usufruitier. Si

[1] Grenoble, 28 décembre 1833, Sirey, 34, II, 397 ; Cassation, 3 décembre 1834, Sirey, 35, I, 51 ; Paris, 15 janvier 1836, Sirey, 36, II, 158 ; Cassation, 15 novembre 1837, Sirey, 38, I, 124 ; Paris, 9 mars 1844, Sirey, 44, II, 497 ; Douai, 4 mai 1846, Sirey, 46, II, 470, et Dalloz, 46, II, 154 ; Grenoble, 4 janvier 1854, Sirey, 54, II, 741, et Dalloz, 54, II, 137 ; Bourges, 6 mars 1855, Sirey, 55, II, 534, et Dalloz, 55, II, 300 ; Cassation, 27 juillet 1876, Dalloz, 77, I, 121 ; Limoges, 28 février 1879, Dalloz, 80, II, 126. — Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, texte et note 83, p. 247 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 441.

cette liquidation n'a pas eu lieu, si, comme il arrive souvent, le mari et les héritiers de la femme n'ont fait aucun acte, et que les reprises de la femme non liquidées soient restées en la possession du mari après la mort de celle-ci, il n'y a pas novation, il n'y a pas substitution pour le mari d'une titre nouveau à un titre ancien : c'est toujours comme mari qu'il possède ces valeurs, avec l'obligation de rendre compte de sa gestion de mari, et l'hypothèque légale doit continuer à en garantir la restitution.[1]

Il importe peu d'ailleurs, du moment où il n'y a pas eu novation, que le mari ait été dispensé par le titre constitutif de son usufruit de faire emploi ou de fournir caution : il ne s'agit pas en effet de savoir quelle liberté lui est donnée comme usufruitier, puisqu'il ne jouit pas comme usufruitier, et l'hypothèque légale qui grève ses biens en sa qualité de mari ne peut disparaître qu'au jour où cette qualité sera remplacée par celle d'usufruitier. C'est alors, mais alors seulement, qu'il importera de rechercher quelles garanties de restitution lui sont imposées à ce titre.[2]

Enfin, même s'il y a eu liquidation des droits de la femme et par suite novation dans la dette du mari, l'hypothèque légale continuera d'exister, par exception, si l'acte de liquidation en réserve formellement l'effet. Cette exception, cette réserve de l'hypothèque légale malgré la novation opérée, est autorisée en effet par l'article 1278, qui, après avoir déclaré que les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, ajoute : « à « moins que le créancier ne les ait *expressément réservés.* »[3]

[1] Toulouse, 14 février 1879, Sirey, 80, II, 51 ; Dalloz, 80, II, 13 ; et *France judiciaire,* 79-80, II, 83 ; Caen, 18 juin 1879, Sirey, 80, II, 201 ; Lyon, 1er décembre 1880, Dalloz, 81, II, 21.

[2] Tribunal de Thiers, 10 avril 1856, Dalloz, 56, III, 30 ; Toulouse, *Arrêt précité* du 14 février 1879 ; Tribunal d'Orange, 12 juillet 1890, Dalloz, 93, II, 276. — *Contrà,* Paris, 7 avril 1858, Sirey, 58, II, 52.

[3] Cassation, 17 novembre 1855, Sirey, 56, I, 424 ; Tribunal de Thiers, *Jugement précité* du 10 avril 1856 ; Toulouse, *Arrêt précité* du 14 avril 1879.

§ III

Des immeubles qui sont grevés de l'hypothèque légale des femmes mariées.

789. — Aux termes des articles 2121 et 2122, l'hypothèque légale des femmes mariées, comme celle des mineurs, s'étend sur tous les biens présents et à venir du débiteur, ici du mari, « sur tous les immeubles lui appartenant et sur « ceux qui pourront lui appartenir dans la suite », comme le dit l'article 2122.

Cette étendue de l'hypothèque des femmes mariées, jointe à son caractère occulte et au chiffre indéterminé des créances qu'elle garantit, en font, à notre avis, un véritable danger économique pour notre société, et, ainsi que nous l'avons dit, tous les projets de réforme de nos lois hypothécaires s'accordent pour proposer la modification de cette partie du Code.[1]

790. — L'hypothèque de la femme grève non-seulement les biens dont le mari est propriétaire au jour du mariage et ceux qu'il acquiert pendant sa durée, mais aussi ceux qu'il acquerra après sa dissolution. L'article 2122 ne fait pas d'exception, et indique comme atteints par l'hypothèque « les biens qui pourront appartenir au débiteur *dans « la suite* » : on ne peut créer une restriction qui n'est pas dans la loi, et il faut reconnaître que l'hypothèque frappera tous les immeubles qui adviendront au débiteur tant que les créances de la femme ne sont pas payées, après comme avant la dissolution du mariage.[2]

791. — Mais, si l'hypothèque grève tous les immeubles que le mari acquiert, même après la dissolution du mariage,

[1] *Suprà,* Tome I, nos 55 I-55 II et 122 I.

[2] Lyon, 30 novembre 1850, Sirey, 51, II, 87, et Dalloz, 51, II, 241; Lyon, 3 juillet 1867, sous Cassation, 24 mai 1869, Sirey, 69, I, 345, et Dalloz, 69, I, 276.

elle n'atteint pas les immeubles de ses héritiers, même lorsque ceux-ci ont accepté purement et simplement sa succession.

C'était déjà la solution admise dans notre ancien droit : « Générale hypothèque de tous biens, dit Loysel, comprend « les présents et à venir, et non ceux des hoirs. »[1]

Les motifs suivants doivent encore faire adopter cette opinion aujourd'hui. L'article 2122, malgré la généralité des expressions qu'il emploie, ne parle néanmoins que des immeubles « du débiteur », c'est-à-dire dans notre hypothèse du mari, seul débiteur des reprises de la femme ; et s'il y a une matière où l'interprétation restrictive s'impose, c'est celle de l'étendue de l'hypothèque légale de la femme, si dangereuse pour le crédit. D'ailleurs cette garantie est donnée à la femme à raison de l'état de dépendance où elle est placée vis-à-vis du mari, et on ne comprendrait pas que cette garantie fût transportée sur les biens des héritiers, car, entre eux et la femme ou les représentants de celle-ci, la situation est celle de créancier et de débiteur ordinaires, et elle ne justifie aucune précaution particulière en faveur du créancier.[2]

792. — Si le mari acquiert des immeubles sous condition suspensive ou résolutoire, l'hypothèque légale de la femme les atteint immédiatement, sauf, dans le cas de condition suspensive, à ne produire ses effets qu'après la réalisation de la condition, et, dans le cas de condition résolutoire, à disparaître rétroactivement si la condition s'accomplit.[3]

Observons toutefois qu'il y a deux sortes de résolutions qui ne porteront aucune atteinte à l'hypothèque légale de la femme : c'est, d'abord, le droit de retour conventionnel de l'ascendant donateur, dans le cas du moins où la donation a été faite dans le contrat de mariage des époux, et où les autres biens du mari donataire seraient insuffisants pour

[1] *Institut. coutum.*, Liv. III, tit. VII, § 21.

[2] Colmet de Santerre, IX, n° 81 *bis* IV.

[3] Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, texte et note 28, p. 224-225 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n°s 511 et 519.

remplir la femme de ses droits (art. 952). En second lieu, au cas de substitution permise, l'article 1054 décide que les femmes des grevés pourront exercer leur hypothèque sur les immeubles substitués à l'encontre des appelés, si le testateur l'a expressément ordonné, et qu'il s'agisse du remboursement du capital des deniers dotaux.

Par application des mêmes principes, si le mari a des droits indivis dans un immeuble, l'hypothèque de la femme grèvera éventuellement tout l'immeuble, sauf à ne s'exercer, au cas de licitation au profit d'un étranger ou de l'un des copropriétaires autre que le mari, que sur la portion du prix revenant à celui-ci.[1]

793. — Si le mari fait un échange d'un de ses immeubles, et qu'ensuite cet échange vienne à être annulé à la demande de ses créanciers et comme étant fait en fraude de leurs droits, l'hypothèque légale de la femme frappera-t-elle l'immeuble donné en échange par le mari et rentré dans le patrimoine de celui-ci par l'exercice de l'action Paulienne?

La Cour de Bordeaux a jugé l'affirmative dans une hypothèse pourtant bien défavorable pour la femme; celle-ci était intervenue dans l'instance en révocation pour se joindre aux créanciers demandeurs, et elle avait été déclarée non recevable dans ses conclusions, comme s'étant rendue complice de la fraude. Néanmoins la Cour décide que la femme pourra exercer son hypothèque, par le motif suivant : l'immeuble donné par le mari en échange est redevenu sa propriété par suite de la résolution du contrat, il lui a donc fait retour dans l'état où il était avant l'acte annulé, et par conséquent grevé, par l'effet même de la loi, de l'hypothèque légale de la femme.[2]

Cette solution nous inspire de grands doutes. La question de savoir quel est l'effet de l'exercice de l'action Paulienne au respect des créanciers qui ne l'ont pas exercée ou qui, ayant voulu l'exercer, ont été déclarés non recevables dans

[1] Agen, 1er mars 1893, Dalloz, 95, II, 369.
[2] Bordeaux, 27 janvier 1891, Dalloz, 92, II, 464.

leur poursuite, est très controversée; mais nous sommes de ceux qui pensent que cette action a un effet tout relatif et ne profite, comme la chose jugée en général, qu'aux créanciers en faveur desquels la révocation a été prononcée.[1] Il est intéressant de constater que la Cour de Bordeaux elle-même admet cette opinion, et en donne la raison décisive :

« Que la règle de l'article 1351, qui restreint les effets de « la chose jugée aux parties en cause, est une règle géné- « rale et d'ordre public...; qu'il ne saurait en être autre- « ment du jugement qui a statué sur l'action Paulienne; « que la nature même de cette action s'oppose à ce que ce « jugement profite à tous les créanciers du débiteur com- « mun indistinctement, même à ceux vis-à-vis desquels « aucune fraude n'aurait pu être commise, ou vis-à-vis « desquels l'action aurait pu être déclarée non recevable, « mal fondée ou prescrite... »[2]

S'il en est ainsi, et nous croyons qu'il en doit être ainsi, les créanciers qui ont fait annuler l'échange dans la limite de leur intérêt ont, il nous semble, le droit de repousser la femme qui veut exercer son hypothèque à leur détriment sur le bien qui avait été donné en échange. Elle a été déclarée non recevable à agir par l'action Paulienne, elle ne peut profiter des résultats obtenus par l'exercice de cette action.

794. — Si étendue que soit l'hypothèque de la femme, elle ne s'exerce cependant que sur les immeubles qui sont la propriété *réelle* du mari, et non sur ceux qui ne sont entrés dans son patrimoine *qu'en apparence*. Ainsi, lorsque le mari s'est rendu adjudicataire d'un immeuble pour le compte d'un tiers, qui a payé de ses propres deniers le prix

[1] *Voir* notre *Etude sur l'action Paulienne,* p. 236. — *Adde,* dans le même sens, Capmas, *De l'action Paulienne,* n°s 85 et suiv.; Mourlon, *Exam. du Comment. de M. Troplong sur les Privilèges,* I, n° 14 ; Aubry et Rau, IV, § 313, p. 342. — Poitiers, 16 janvier 1862, sous Cassation, 13 février 1865, Sirey, 65, I, 117.

[2] Bordeaux, 2 juillet 1890, Sirey, 91, II, 9.

de l'adjudication, cet immeuble ne sera pas atteint par l'hypothèque légale de la femme du prête-nom.[1]

795. — La femme, qui a une hypothèque légale sur tous les biens de son mari, a-t-elle une hypothèque sur les conquêts de communauté ?

Il faut, pour résoudre cette question, distinguer le cas où la femme renonce à la communauté et celui où elle l'accepte.

Si elle renonce, on doit lui reconnaître sur tous les immeubles de la communauté, devenus par sa renonciation les immeubles du mari, une hypothèque produisant les mêmes effets que sur les autres biens du mari, de telle sorte que la femme pourra, par l'effet de cette hypothèque, atteindre les acquéreurs ou primer les créanciers hypothécaires avec lesquels le mari aurait traité au cours du mariage.

Cette solution était déjà celle de notre ancien droit :

... « La femme est bien fondée, dit Renusson, à demander que l'héritage que l'acquéreur possède soit déclaré « affecté et hypothéqué à ses deniers dotaux, à son douaire, « et à ses autres conventions matrimoniales. La raison est « que la femme a hypothèque pour ses deniers dotaux, et « autres conventions matrimoniales, sur les biens du mari « présents et futurs, et son hypothèque est acquise du « jour de son contrat de mariage ; si depuis le contrat de « mariage le mari acquiert des héritages, ils sont hypothéqués à la femme, elle a la faculté d'accepter la communauté ou d'y renoncer, et en y renonçant elle est en droit « de poursuivre le paiement de ses deniers dotaux et de « ses autres conventions sur tous les biens qui lui ont été « hypothéqués. L'hypothèque est un droit réel inhérent à « la chose ; lorsqu'une hypothèque est acquise sur un héritage, elle suit toujours l'héritage, quoiqu'il change de « possesseurs. C'est pourquoi il est raisonnable de conclure « que la femme est bien fondée, et que l'acquéreur ne peut « pas empêcher que l'héritage ne soit déclaré affecté et

[1] Nîmes, 23 avril 1887, *Pandectes françaises*, 87, II, 359.

« hypothéqué aux deniers dotaux de la femme, et à ses au-
« tres conventions matrimoniales. »[1]

Les raisons de décider sont les mêmes aujourd'hui. La femme n'a pendant le mariage que des droits éventuels à la communauté, et, suivant les expressions célèbres de Dumoulin, vraies aujourd'hui comme dans notre ancien droit, *non est socia, sed speratur fore.* Si elle renonce à la communauté, elle n'aura jamais été femme commune en biens, et le patrimoine de la communauté doit être confondu avec celui du mari, auquel il est réputé rétroactivement avoir toujours appartenu. L'hypothèque de la femme doit donc grever les immeubles de la communauté au même titre que les autres immeubles du mari.

796. — Une opinion soutient cependant que la femme, même renonçante, ne peut opposer son hypothèque aux ayants-cause de son mari, acquéreurs ou créanciers, et voici les motifs que l'on en donne.

Sans doute, par la renonciation de la femme les droits de celle-ci à la communauté se trouvent résolus, et le mari devient propriétaire de tous les biens communs à la charge de payer toutes les dettes de la communauté. Mais cela n'empêche pas qu'il y ait eu communauté entre les époux, et que, pendant qu'elle a duré, le mari ait pu disposer des biens de la communauté à titre onéreux ou les hypothéquer, et on ne peut pas subordonner le sort de ces actes, valables en eux-mêmes, au parti que prendra la femme, peut-être après de longues années de mariage. La loi ne consacre nulle part un résultat aussi dangereux pour le crédit public, et il faudrait un texte formel pour qu'on pût l'admettre. D'où l'on doit conclure, disent les défenseurs de ce système, que la femme même renonçante doit respecter les actes valablement passés par le mari, lorsqu'il agissait comme chef de la communauté alors existante et dans la limite des pouvoirs que la loi lui donnait.[2]

[1] *De la Communauté,* Part. II, chap. III, n° 44.

[2] Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2121, n° 10 ; Valette,

796 I. — Ces objections doivent, à notre avis, être écartées.

Il est vrai que tant que dure la communauté le mari peut valablement faire des actes de disposition à titre onéreux sur les biens qui la composent ; mais le sort définitif de ces actes est subordonné, en ce qui concerne l'exercice des droits hypothécaires de la femme, au parti que celle-ci prendra. Les tiers ne peuvent s'en plaindre, car ils savent quelle option appartient à celle-ci, et quels doivent être, au cas où elle renoncerait, ses droits sur les biens de la communauté devenus les biens du mari.

D'ailleurs les tiers ont un moyen facile d'éviter l'exercice des droits de la femme, pour le cas où elle renoncerait un jour à la communauté, en la faisant intervenir au contrat de vente ou au contrat constitutif d'hypothèque, du moins si elle est mariée sous un régime de liberté ; en renonçant à son hypothèque légale ou en y subrogeant les tiers, la femme les garantira contre tout danger d'éviction provenant de son chef. Les acquéreurs des conquêts de communauté ont un autre moyen, la purge, par laquelle ils feront disparaître l'hypothèque de l'immeuble aliéné pour en reporter l'effet sur le prix.

On doit donc s'en tenir à cette idée, fondamentale en matière de communauté conjugale, que les droits du mari pendant le mariage sont subordonnés au parti que prendra la femme à la dissolution de la communauté, et que, si elle y renonce, sa renonciation fait disparaître rétroactivement la communauté. Cette idée conduit non seulement, comme nous le disons, à attribuer à la femme renonçante une hypothèque sur les conquêts de communauté, mais aussi, comme nous le verrons en traitant de la date de l'hypothèque, à la faire remonter sur les immeubles conquêts à la même date que sur les immeubles propres du mari.[1]

Des Privilèges et Hypothèques, n° 137 ; Rodière et Pont, *Du Contrat de Mariage,* II, n°s 1080 et suiv.

[1] Angers, 26 août 1812, Sirey, C. N., IV, II, 185 ; Cassation,

797. — Si la femme accepte la communauté, nous croyons au contraire qu'elle ne pourra faire échec, au moyen de son hypothèque légale, ni aux aliénations d'immeubles consenties par le mari, ni aux hypothèques par lui concédées pendant la durée de la communauté.

Une opinion soutient au contraire que, même au cas d'acceptation, la femme n'en a pas moins le droit d'exercer son hypothèque légale à l'encontre des acquéreurs et des créanciers hypothécaires avec lesquels le mari a traité.

C'était, dans notre ancien droit, l'avis de certains jurisconsultes, notamment de Bacquet, qui s'exprimait ainsi :

« Le mari, par son contrat de mariage, ayant obligé tous « et chacuns ses biens, présents et advenir, au paiement et « satisfaction du douaire et conventions matrimoniales de la « femme, il ne peut aliéner les conquêts, non plus que les « propres et acquêts, sans le droit d'hypothèque créé à la « femme dès l'instant que lesdits conquêts ont été faits et « qu'ils ont été entre les mains de son mari. Autrement la « femme serait de pire condition que les autres créanciers « hypothécaires. »[1]

8 novembre 1813, Sirey, C. N., IV, I, 461 ; Paris, 12 décembre 1816, Sirey, C. N., V, II, 212 ; Orléans, 14 novembre 1817, Sirey, C. N., V, II, 330 ; Cassation, 9 novembre 1819, Sirey, C. N., VI, I, 128 ; Rouen, 11 mars 1846, Sirey, 46, II, 503, et Dalloz, 46, II, 182 ; Cassation, 16 novembre 1847, Sirey, 48, I, 25, et Dalloz, 48, I, 46 ; Cassation, 4 février 1856, Sirey, 56, I, 225, et Dalloz, 56, I, 61 ; Bastia, 25 janvier 1862, Sirey, 62, II, 458, et Dalloz, 68, II, 147 ; Bordeaux, 28 juin 1870, Sirey, 70, II, 326, et Dalloz, 71, II, 99; Cassation, 26 janvier 1876, Sirey, 76, I, 241, et Dalloz, 76, I, 62 ; Paris, 6 juin 1882, Sirey, 85, II, 116 ; Pau, 23 juin 1884, Dalloz, 85, II, 253. — Rennesson, *De la Communauté,* Part. I, chap. III, n° 47 ; Pothier, *De la Communauté,* n° 568 ; Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 248 ; Duranton, XIX, n° 330 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 433 *ter ;* Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* texte et note 30, p. 225-226 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 521 ; Colmet de Santerre, IX, n° 81 *bis* X ; Laurent, XXX, n° 371 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 98 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1005.

[1] *Des Droits de justice,* chap. XV, n° 42.

Là est, dit-on, la véritable raison de décider : la femme est une créancière hypothécaire comme une autre, préférable même aux autres, puisque la loi la dispense d'inscription et fait porter son hypothèque sur tous les biens présents et à venir du mari ; et elle deviendrait de pire condition, si son acceptation de la communauté faisait obstacle à l'exercice de son hypothèque.

Tel ne peut pas être d'ailleurs l'effet de l'acceptation vis-à-vis de la femme : la loi a indiqué cet effet, elle se borne à obliger la femme au paiement de la moitié des dettes de la communauté, et encore cette obligation est réduite par l'article 1483 à l'émolument qu'elle retire de la communauté ; mais nulle part elle ne dit que la femme acceptante perdra le bénéfice de son hypothèque.

La femme, créancière du mari au même titre que ses autres créanciers, dont l'argent a peut-être servi à l'acquisition des immeubles de la communauté, devra être traitée comme eux, et exercer comme eux son hypothèque sur les conquêts.[1]

798. — D'autres auteurs, tout en partageant l'opinion que nous venons d'exposer, y apportent une restriction : la femme acceptante aura bien hypothèque sur les immeubles de communauté, mais seulement sur la moitié qui appartient au mari. Quant à la moitié qui appartient à la femme, celle-ci ne peut avoir d'hypothèque : l'immeuble aliéné ou hypothéqué par le mari pendant la communauté était, à ce moment, indivis entre le mari et la femme, et cette dernière n'a pu acquérir d'hypothèque sur sa propre chose.[2]

Il y a, dans ce système, une différence pratique importante avec le précédent : si la moitié des immeubles appartenant à la femme a été grevée par le mari d'hypothèques, la femme qui va se trouver ainsi évincée ne pourra

[1] Paris, 15 juin 1868, Dalloz, 69, II, 161 ; Angers, 21 avril 1891, *Pandectes françaises,* 92, II, 38. — Bertauld, *De l'Hypothèque légale sur les conquêts,* n°s 37 et suiv. ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 526.

[2] Colmet de Santerre, IX, n° 81 *bis* VIII.

pas faire valoir son hypothèque à l'encontre des créanciers hypothécaires du mari, même si son hypothèque devait remonter à une date antérieure.

799. — Ces divers systèmes doivent, à notre avis, être rejetés, et tout droit hypothécaire refusé à la femme acceptante sur les conquêts de communauté.

Il en doit être ainsi, d'abord, pour la portion de ces immeubles conquêts qui sont placés dans son lot. De même que, au cas de renonciation par la femme, les conquêts de communauté sont réputés avoir toujours été la propriété du mari, de même, au cas d'acceptation, les immeubles placés dans le lot de la femme sont réputés, par la fiction de droit de l'article 883, avoir toujours appartenu à celle-ci : et nul ne peut avoir d'hypothèque sur sa propre chose. D'où il suit que les créanciers subrogés à l'hypothèque légale de la femme ne peuvent se prévaloir de cette subrogation ni vis-à-vis des autres créanciers hypothécaires de celle-ci, ni vis-à-vis des tiers détenteurs.[1]

Il doit en être de même, en second lieu, pour les immeubles qui tombent au lot du mari. La femme, qui accepte la communauté, ne peut être recevable à porter atteinte, par l'exercice de son hypothèque légale, aux actes d'aliénation consentis par le mari ou aux hypothèques qu'il a constituées ou qui ont été acquises contre lui pendant la durée de la communauté. En effet, en acceptant la communauté, elle valide tous les actes qui ont été faits par le mari en qualité de chef de cette communauté, dans la limite des pouvoirs que lui donne l'article 1421. Il a existé entre les époux une société dont le mari était l'administrateur : cette société est aujourd'hui dissoute et son actif réparti entre les deux associés ou leurs représentants ; et l'un des associés, qui prend part à cette répartition de l'actif, ne peut ébranler les actes régulièrement

[1] Cassation, 4 février 1856, Sirey, 56, I, 225, et Dalloz, 56, I, 61. — Duranton, XIX, n° 328 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, texte et note 34. — *Compar.* Cassation, 1er août 1848, Sirey, 48, I, 727, et Dalloz, 48, I, 189.

faits par le chef de cette société, ou les droits valablement acquis contre lui en cette qualité. Peut-être l'argent provenant des aliénations faites par le mari ou des emprunts qu'il a contractés a-t-il servi à constituer l'actif auquel la femme prend part ; dans tous les cas, et quel qu'ait été l'emploi des fonds provenant de cette cause, l'acceptation de la femme la place, sauf l'exercice du bénéfice d'émolument, sur la même ligne qu'un associé ordinaire, au regard des actes valablement accomplis par l'administrateur de la société ; elle accepte ces actes, elle est réputée y avoir figuré par son mari, qui avait le mandat légal de gérer la société avec les pouvoirs étendus que lui donne l'article 1421, et elle ne peut en paralyser les effets.[1]

800. — Si, au lieu d'époux mariés sous le régime de la communauté, nous supposons des époux mariés sous le régime dotal avec société d'acquêts, les droits et les obligations de la femme vont être en principe les mêmes, et on devra, quant à l'exercice de son hypothèque légale, distinguer comme nous venons de le faire entre le cas où elle aura renoncé à la société d'acquêts et le cas où elle l'aura acceptée.

Toutefois nous avons pensé, en étudiant le régime dotal,[2] et nous persistons à croire qu'il y a, entre la situation de la femme dotale qui accepte la société d'acquêts et celle de la femme commune en biens qui accepte la communauté, une différence tenant à la nature même du régime dotal. Comme la dot de la femme est exceptionnellement protégée sous ce régime, on ne doit pas supposer nécessairement que la femme dotale qui accepte la société d'acquêts renonce à

[1] Cassation, 16 février 1841, Sirey, 41, I, 550 ; Colmar, 1er mars 1855, Sirey, 57, II, 577, et Dalloz, 57, II, 37 ; Paris, 6 juin 1882, Sirey, 85, II, 116 ; Bordeaux, 27 novembre 1894, *Pandectes françaises,* 95, II, 281. — Tessier, *De la Dot,* II, n° 135 ; Duranton, XIX, n° 329 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 433 *ter* ; Flandin, *Revue critique,* 1868, p. 481 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* texte et note 31, p. 226-228 ; Laurent, XXX, n° 570 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 98.

[2] *Voir* notre *Traité du Contrat de Mariage,* IV, n° 2209.

l'hypothèque qui garantit la conservation de sa dot : sans doute, en principe, la femme dotale acceptante sera déchue du droit de faire valoir son hypothèque, comme la femme commune en biens, mais, pour la femme dotale, il pourra résulter des circonstances de la cause qu'elle a entendu conserver son droit hypothécaire, malgré son acceptation.[1]

801. — Si la femme qui accepte la communauté ne peut, comme nous venons de le dire, faire valoir ses droits hypothécaires contre les acquéreurs ou les créanciers hypothécaires du mari, il n'en est pas de même à l'égard des créanciers chirographaires de celui-ci. Vis-à-vis d'eux, elle n'a qu'une obligation, payer leur créance à concurrence de moitié, ou du moins dans la limite de l'émolument qu'elle a retiré de la communauté ; mais le mari ne leur a conféré aucun droit réel, et dès lors rien ne s'oppose à ce qu'elle exerce sur les immeubles de la communauté l'hypothèque que la loi lui confère.[2]

802. — Rien ne s'oppose non plus à ce que la femme acceptante exerce son hypothèque au préjudice des créanciers auxquels le mari aurait consenti un droit hypothécaire après la dissolution de la communauté. A ce moment les pouvoirs que lui donne l'article 1421 ont cessé d'exister, et la femme n'a pas à se préoccuper de droits qui ont été concédés illégalement, par un mandataire dont le mandat est expiré.[3]

803. — Des principes que nous venons d'exposer il résulte que le sort de l'hypothèque de la femme mariée est incertain, tant que dure la communauté. Elle n'aura d'hypothèque sur les immeubles du mari que si elle est finale-

[1] Cassation, 28 juin 1847, Sirey, 47, I, 493, et Dalloz, 47, I, 299. — Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, texte et note 31, p. 227-228. — *Contrà*, Bordeaux, 3 décembre 1858, Sirey, 59, II, 225. — Troplong, *Du Contrat de Mariage*, III, n° 1913 ; Jouitou, *Du régime dotal*, II, n° 654.

[2] Aubry et Rau, III, § 364 *ter*, texte et note 33, p. 228 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 521.

[3] Aubry et Rau, *Op. et Loc. citat.*, note 32.

ment créancière de celui-ci, et, quant aux immeubles de communauté, le sort de son hypothèque est en outre subordonné au parti qu'elle prendra, à son acceptation ou à sa renonciation à la communauté.

Mais, si un des immeubles du mari ou de la communauté est aliéné pendant la durée de la communauté, et que le prix soit mis en distribution, la femme pourra-t-elle se présenter à l'ordre et obtenir une collocation ?

Non, répond une première théorie. La femme ne peut dans tous les cas obtenir une collocation définitive, puisqu'il n'est pas démontré qu'elle aura finalement le droit d'exercer son hypothèque, et, si elle demande une collocation provisoire, deux ordres d'idées doivent faire repousser cette prétention. D'abord elle équivaudrait à une séparation de biens judiciaire, puisqu'elle amènerait le juge à fixer l'étendue des droits de la femme contre son mari; puis cette collocation, toute provisoire qu'elle serait, en empêchant le paiement du prix des immeubles vendus, porterait atteinte au droit absolu de disposition du mari soit sur ses propres immeubles, soit, tant que dure la communauté, sur les immeubles de celle-ci, en tant du moins qu'il s'agit d'actes à titre onéreux. La femme non séparée de biens n'a aucun droit actuel contre le mari, elle ne peut donc faire valoir contre lui aucun droit hypothécaire.[1]

804. — Cette théorie n'a pas réussi, et la jurisprudence est aujourd'hui formée, à bon droit selon nous, en ce sens que la femme peut se présenter à l'ordre pendant la durée de la communauté, et obtenir, pour un chiffre qui sera arbitré par le juge, une collocation provisoire. Les fonds de cette collocation seront consignés, ou il sera pourvu autrement à leur conservation, jusqu'au jour où il sera certain que la femme y a droit ou non, et, dans ce dernier cas, ils seront attribués au créancier colloqué après elle.

Les motifs qui ont déterminé, et qui, à notre avis, devaient

[1] Metz, 31 décembre 1867, Sirey, 69, I, 5, et Dalloz, 68, II, 145.

déterminer cette jurisprudence sont les suivants. La femme a un droit hypothécaire sur les biens du mari, et, comme nous venons de le dire, elle a sur les conquêts de communauté un droit hypothécaire qui naît du fait même du mariage, mais qui est conditionnel, tant que dure la communauté et que l'on ne sait ni si la femme aura des reprises, ni quel parti elle prendra vis-à-vis de la communauté dissoute. Mais, en attendant, la femme, créancière hypothécaire conditionnelle, a le droit de prendre toutes les mesures conservatoires de son droit, et notamment d'obtenir une collocation provisoire sans laquelle son hypothèque deviendrait inutile, au moment où elle pourrait la faire valoir.

Cette solution, quoiqu'on en dise, ne porte aucune atteinte aux droits du mari comme chef de la communauté : les aliénations et les hypothèques par lui consenties ne cessent pas d'être valables, mais elles ne peuvent avoir pour effet de nuire aux droits de la femme : la loi a jugé qu'elle ne pouvait les conserver qu'au moyen de son hypothèque légale, et il faut, pour obtenir ce résultat, qu'elle puisse empêcher la disparition du prix des immeubles sur lesquels elle repose.[1]

Ajoutons que les créanciers ayant obtenu une subrogation dans l'hypothèque de la femme, et même de simples créanciers chirographaires pourront eux-mêmes profiter de ce droit à une collocation provisoire, les premiers, en se faisant colloquer en son lieu et place, et les seconds, en obtenant une collocation en sous-ordre sur la somme pour laquelle la femme a été colloquée éventuellement.

805. — Il importe de ne pas confondre l'exercice de l'hypothèque légale de la femme, qui a pour résultat de lui attribuer le prix d'immeubles de la communauté ou du mari, avec les prélèvements qu'autorisent en sa faveur les articles

[1] Rouen, 11 mars 1846, Sirey, 46, II, 503, et Dalloz, 46, II, 182 ; Lyon, 7 avril 1854, Sirey, 54, II, 577 ; Bastia, 25 janvier 1862, Sirey, 62, II, 453, et Dalloz, 68, II, 147 ; Cassation, 19 novembre 1872, Dalloz, 73, I, 38 ; Paris, 6 juin 1882, Sirey, 85, II, 16 ; Pau, 23 juin 1884, Dalloz, 85, II, 253.

1470 et 1471. Nous avons montré, en étudiant ces textes, que la femme qui exerce ses prélèvements n'agit que comme créancière, et elle ne peut dès lors ni exercer ses reprises sur des biens que le mari aurait aliénés, ni les exercer au préjudice des hypothèques consenties par le mari ni de la saisie qui aurait été pratiquée par ses créanciers.[1]

806. — Nous avons étudié jusqu'à présent l'exercice de l'hypothèque légale de la femme par celle-ci; mais nous devons nous préoccuper de son exercice, même avant la dissolution de la communauté, par les créanciers de la femme.

Il importe en effet de se rappeler qu'aux termes de l'article 1446, § 2, « les créanciers de la femme peuvent, au cas « de faillite ou de déconfiture du mari, exercer *les droits de* « *leur débitrice* jusqu'à concurrence du montant de leur « créance ». En examinant la portée de cet article,[2] nous avons dit qu'il permettait aux créanciers d'agir comme si la communauté était dissoute, et d'exercer, à concurrence du montant de leurs créances, tous les droits qui naîtraient au profit de la femme de la séparation de biens et de la dissolution de la communauté qui en est la conséquence.

C'est ainsi qu'ils peuvent, à notre avis, renoncer à la communauté du chef de la femme et sans l'y appeler, et exercer ensuite, à concurrence de leurs créances, ses droits de femme renonçante, par exemple, reprendre ses immeubles, et les meubles qu'elle s'est réservé comme propres ; ou encore, ce qui nous importe en ce moment, se faire colloquer dans les ordres ouverts sur le prix des biens du mari ou de la communauté.[3]

Dans quels cas pourra-t-on dire que le mari est en décon-

[1] *Voir* notre *Traité du Contrat de Mariage,* II, n° 965. — *Adde* Cassation, 31 mars 1890, *Pandectes françaises,* 90, I, 384.

[2] *Voir* notre *Traité du Contrat de Mariage,* III, n°s 1102-1107.

[3] *Adde* aux autorités citées dans notre *Traité du Contrat de Mariage,* III, n° 1106 ; Orléans, 21 mai 1848, Sirey, 50, II, 145, et Dalloz, 48, II, 185 ; Cassation, 4 février 1856, Sirey, 56, I, 225, et Dalloz, 56, I, 61.

fiture et que le droit créé par l'article 1446 est ouvert au profit des créanciers de la femme? Nous avons examiné ce point.[1]

Nous ajouterons deux observations.

Dès qu'il y a faillite ou déconfiture du mari, le droit d'agir en vertu de l'article 1446, § 2, n'appartient pas seulement aux créanciers que la femme aurait subrogés à son hypothèque légale, mais aussi à ses créanciers chirographaires, avec cette différence que ceux-ci seront primés par les premiers dans les ordres où ils figureront.

Puis, en outre du droit de préférence dont nous nous occupons en ce moment, les créanciers de la femme jouissent du droit de suite qui appartient à celle-ci, et ils pourront soit porter une surenchère sur les immeubles du mari, soit poursuivre hypothécairement les tiers détenteurs, comme nous le verrons dans la troisième partie de ce *Traité*.

807. — Si le mari donne en échange un de ses immeubles, l'hypothèque de la femme frappera l'immeuble acquis par le mari en échange, mais elle continuera de grever l'immeuble par lui cédé. C'est là un résultat regrettable, qui pourra être évité, si la femme est mariée sous un régime de liberté, par l'intervention de la femme à l'acte d'échange et le désistement de son hypothèque, mais qui est inévitable si elle est mariée sous le régime dotal.

Nous avons indiqué, en traitant des principes généraux des hypothèques légales, que cette solution avait déjà prévalu dans notre ancien droit, et au passage de Domat que nous avons cité[2] il faut joindre les lignes suivantes de Denisart :

« ... On s'est attaché sur cela, dit-il, à la rigueur du « droit et il arrive, par l'échange, que les créanciers se « trouvent avoir une double hypothèque ; ainsi l'échange « est toujours onéreux. En effet, l'héritage donné en échange « reste toujours sujet aux hypothèques dont il était affecté « avant l'échange ; et le créancier qui acquiert une sûreté « sur l'héritage dont son débiteur devient possesseur n'est

[1] *Op. et Loc. citat.*, n° 1102.

[2] *Suprà*, Tome II, n° 696.

« pas moins en droit de former sa demande en déclaration « d'hypothèque contre celui qui possède l'héritage dont le « débiteur était propriétaire avant l'échange. »[1]

Ce résultat, si facheux qu'il soit, doit être admis aujourd'hui comme il l'était dans notre ancien droit. Ainsi que nous l'avons dit en étudiant la nature de l'échange et en examinant la théorie qui voudrait subroger à l'ancien immeuble l'immeuble acquis en échange, le contrat d'échange s'analyse en une double opération, l'aliénation d'un bien et l'acquisition d'un autre ;[2] et, si l'hypothèque de la femme grève l'immeuble nouveau, comme elle grève tous les immeubles acquis par le mari, elle n'en doit pas moins grever l'immeuble ancien, comme elle grève tous les immeubles aliénés par lui.[3]

808. — Si le mari est associé dans une société possédant des immeubles, la femme aura-t-elle hypothèque sur la part du mari dans ces immeubles ?

Examinons d'abord le cas où la société dont le mari fait partie est une société commerciale. Il est certain que, dans cette hypothèse, la femme n'a aucune hypothèque sur les immeubles sociaux, et que son droit ne naîtra qu'au jour où, par le résultat d'un partage, l'immeuble social entrera dans son patrimoine. Il est de principe en effet que, dans les sociétés commerciales, c'est la société, personne morale, qui est propriétaire des immeubles sociaux, et non les associés. Le mari ne devient donc propriétaire des immeubles sociaux qu'au moment où, la société étant dissoute, le partage les met dans son lot, et c'est à ce moment seulement que l'hypothèque de la femme pourra l'atteindre.[4]

[1] COLLECT. DE DÉCIS. NOUV., V° *Echange*, n° 7.

[2] *Voir* nos *Traités de la Vente et de l'Echange,* II, n° 934.

[3] *Voir* les autorités citées *Suprà,* Tome II, n° 696.

[4] Paris, 25 mars 1811, Sirey, C. N., III, II, 459 ; Toulouse, 31 juillet 1820, Sirey, C. N., VI, II, 300 ; Cassation, 29 mai 1865, Sirey, 65, I, 325, et Dalloz, 65, I, 380 ; Nancy, 19 février 1881, Sirey, 82, II, 161. — Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 434 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 512 ; Laurent, XXX, n° 365.

S'il s'agit d'une société civile, la solution dépend du parti que l'on prend sur le caractère de cette société. Si l'on admet qu'elle constitue une personne morale, distincte de celle des associés, on devra dire, comme pour les sociétés commerciales et par les mêmes motifs, que l'hypothèque de la femme ne frappera la part du mari qu'après le partage.[1] Si au contraire on admet, comme nous l'avons admis nous-même,[2] que la société civile ne constitue pas une personne morale, ce sont les associés qui sont copropriétaires par indivis des immeubles acquis par la société. Comme conséquence, l'hypothèque légale de la femme, comme les autres hypothèques générales, grèvera la part de l'associé dans les immeubles sociaux, ainsi que nous l'avons indiqué.[3]

Toutefois cette solution ne doit être admise qu'avec la restriction que nous avons signalée, en traitant des effets du partage des sociétés civiles.[4] L'immeuble placé par le partage dans le lot du mari est censé lui avoir toujours appartenu, en vertu du principe de l'article 883, et l'hypothèque légale le grèvera à la date à laquelle elle a atteint les autres immeubles du mari, mais sous la réserve des droits consentis sur l'immeuble social par le gérant agissant dans la limite de ses pouvoirs. Il doit en être des actes du gérant comme des actes du mari à propos des immeubles de communauté : nous avons dit que la femme acceptante ne pouvait, par l'exercice de son hypothèque légale, ébranler les aliénations ou les hypothèques consenties pendant la durée de la communauté par le mari en vertu de l'article 1421 ; de même la femme, qui n'est en la circonstance qu'un ayant-cause du mari associé, ne peut nuire, par son hypothèque légale, aux actes de disposition régulièrement faits par le gérant de la société.

[1] Orléans, 26 août 1869, Sirey, 70, II, 113, et Dalloz, 69, II, 185.
[2] *Voir* notre *Traité de la Société,* n°s 25-26.
[3] *Op. et Loc. citat.,* n° 26. — *Sic* Laurent, XXX, n° 365.
[4] *Op. et Loc. citat.,* n° 356.

§ IV

Des cas dans lesquels l'hypothèque légale de la femme mariée peut être restreinte ou réduite.

809. — L'hypothèque de la femme, dont nous avons indiqué l'étendue, peut être *restreinte* par le contrat de mariage des époux, ou *réduite* au cours du mariage par un jugement rendu sur l'avis des quatre plus proches parents de la femme réunis en assemblée de famille. Nous avons vu d'ailleurs que l'hypothèque légale des mineurs et des interdits pouvait recevoir aussi l'une ou l'autre de ces deux modifications, et être restreinte dans la délibération de famille qui nomme le tuteur, ou réduite au cours de la tutelle par un jugement rendu après avis du conseil de famille.[1]

Nous ne traiterons ici que de la restriction à l'hypothèque légale de la femme faite par le contrat de mariage, réservant pour la traiter dans la troisième partie de ce *Traité* la théorie de la réduction de l'hypothèque au cours du mariage, lorsque nous étudierons *L'inscription des privilèges et hypothèques :* c'est d'ailleurs ce que nous avons fait déjà à propos de l'hypothèque des mineurs et des interdits.

810. — D'après l'article 2140, les parties majeures peuvent convenir dans le contrat de mariage qu'il ne sera pris d'inscription que sur un ou certains immeubles du mari, de telle sorte que les autres immeubles de celui-ci restent affranchis de l'hypothèque ; mais l'article ajoute que l'on ne peut convenir qu'il ne sera pris aucune inscription.

Cette disposition doit être approuvée, car elle permet de remédier, dans une certaine mesure au moins, aux inconvénients de l'hypothèque générale et occulte de la femme. Elle n'est pas nouvelle quant au fond, et dans notre ancien droit on pouvait, par un autre moyen, arriver au même but, à dégrever une partie des immeubles du mari :

[1] *Suprà,* Tome II, nos 731 et suiv.

« Cette disposition, dit avec raison M. Treilhard, remplace « la disposition usitée par laquelle on permettait, dans le « contrat de mariage, à un mari d'aliéner librement une « partie de ses immeubles. »[1]

811. — Cette restriction de l'hypothèque dans le contrat de mariage exige, comme première condition, que « les « parties soient majeures » : ce sont les termes mêmes de l'article 2140.

L'expression « les parties » n'est pas très heureuse, car, prise à la lettre, elle signifierait que non seulement la femme, mais encore le futur époux doivent être majeurs l'un et l'autre pour opérer valablement cette restriction, et c'est en effet la conclusion à laquelle arrivent certains auteurs. Le texte est formel, disent-ils, et on ne peut, par le motif que cela serait plus rationnel, substituer « la femme « majeure » aux « parties majeures ». Cela doit être fait d'autant moins que cette prohibition ne s'explique pas mieux pour la femme que pour le mari ; si la femme est mineure, elle est assistée des personnes qui doivent l'autoriser à contracter mariage, elle est entourée des siens, et on peut être assuré qu'à ce moment ses intérêts ne seront pas sacrifiés. Qui sait d'ailleurs si la loi n'a pas vu dans le maintien de l'hypothèque légale une sorte de garantie indirecte pour le mari, qui peut avoir intérêt à ce que la femme conserve sa fortune. même au détriment de la sienne propre.[2]

Cette opinion est communément repoussée, et notre avis est qu'elle doit l'être. Le mari ne peut avoir aucun intérêt avouable au maintien absolu de l'hypothèque de la femme, puisqu'il est le débiteur ; son seul intérêt serait que celle-ci fût payée au lieu de ses autres créanciers, et ce n'est pas un intérêt de ce genre que la loi a voulu protéger. Voici, à notre avis, comment les rédacteurs du Code ont raisonné : en principe, les parties mineures peuvent stipuler dans le con-

[1] *Exposé des Motifs au Corps législatif,* Fenet, XV, p. 469.

[2] Zachariæ, Massé et Vergé, V, p. 163, note 14 ; Jouitou, *De la restriction à l'hypothèque de la femme,* n°s 11-12.

trat de mariage avec la même liberté que les parties majeures, sous la seule assistance des personnes qui doivent les autoriser au mariage; c'est la disposition des articles 1309 et 1398. Mais il y a une faculté qui a paru spécialement dangereuse: c'est l'abandon de l'hypothèque de la femme. Aussi l'article 2140 le défend-il même à la femme majeure, si cet abandon est absolu; et, s'il ne s'agit que d'une restriction, elle sera permise, mais seulement à la femme majeure, de manière qu'elle puisse mesurer elle-même l'étendue du sacrifice qui lui est demandé par le futur époux.[1]

812. — Ce que la femme mineure ne peut stipuler au profit du mari, peut-elle le stipuler au profit d'un tiers, par exemple d'un créancier du mari, et s'obliger, comme condition des donations qui lui sont faites par contrat de mariage, à ne pas faire valoir son hypothèque légale au préjudice de tel ou tel des créanciers du mari?

L'affirmative a été jugée par la Cour de cassation[2] et est approuvée par quelques auteurs.[3] Autre chose est, dit-on, la restriction de l'hypothèque en faveur du mari, autre chose une restriction spéciale en faveur d'un tiers, imposée comme condition d'une donation faite à la future épouse : la première présente des dangers que la seconde n'offre pas, et

[1] Merlin, Répert., V° *Inscription hypothécaire,* § III, n° 18 ; Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 269 ; Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2140, n° 4 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 636 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* texte et note 41, p. 230 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 551 ; Colmet de Santerre, IX, n° 111 *bis* III ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 100 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1018 ; notre *Traité du Contrat de Mariage,* I, n° 304. — *Adde* Motifs des arrêts suivants : Caen, 15 juillet 1836, Sirey, 37, II, 229 ; Lyon, 30 mai 1844, Sirey, 44, II, 449 ; Grenoble, 25 août 1847, Sirey, 48, II, 301 ; Limoges, 2 avril 1887, Sirey, 88, II, 116, et *Pandectes françaises,* 87, II, 303.

[2] Cassation, 25 janvier 1859, Sirey, 60, I, 353, et Dalloz, 59, I, 407.

[3] Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* texte et note 42, p. 231 ; Jouitou, *De la restriction à l'hypothèque de la femme,* n° 15.

c'est la seule que la loi ait voulu prohiber. On ajoute qu'il est licite à tout donateur d'imposer telles conditions qu'il veut à la libéralité par lui faite et qu'il pourrait ne pas faire, et, à ce point de vue encore, cette stipulation doit être regardée comme licite.

Nous sommes, pour notre part, d'un avis contraire, par les raisons suivantes.

La loi défend, dans l'article 2140, la renonciation complète par la femme à son hypothèque légale, et elle ne permet la restriction qu'à la femme majeure : or, que cette restriction soit faite dans l'intérêt du mari ou dans l'intérêt d'un tiers créancier du mari, c'est toujours une restriction, un affaiblissement de l'hypothèque légale, défendu à ce titre par la généralité des termes et par l'esprit de l'article 2140.

On objecte qu'il est loisible à tout donateur d'insérer dans l'acte de libéralité telles conditions qu'il veut. La réponse va nous être fournie par un arrêt de la Cour de Lyon,[1] rendu dans une hypothèse où c'était le mari, ou plutôt le futur époux, qui avait imposé cette condition à la donation qu'il faisait à la femme : lorsqu'une condition est contraire à la loi dans une donation, elle est réputée non écrite, et tel doit être le cas de toute condition ayant pour résultat de porter atteinte à l'hypothèque de la femme.

D'ailleurs l'espèce jugée par l'arrêt de Lyon montre le danger qu'il y aurait à reconnaître la validité de telles conventions, puisqu'il suffirait que le futur époux fît à la femme une donation, par exemple une de ces libéralités en usufruit si fréquentes dans les contrats de mariage, pour pouvoir y insérer une restriction aussi dangereuse.

813. — Du moment où la femme est majeure, la restriction autorisée par l'article 2140 peut être faite, sans que l'on ait à se préoccuper du régime matrimonial adopté : fût-ce le régime dotal, la restriction n'en sera pas moins valablement consentie, car, au moment où elle est faite, il n'y a pas

[1] 30 mai 1844, Sirey, 44, II, 449.

encore de dotalité, et lorsque le régime dotal adopté commencera à exister, il ne naîtra qu'avec cette limitation de l'hypothèque légale insérée dans le contrat de mariage.[1]

814. — La restriction de l'hypothèque légale par le contrat de mariage peut se faire de plusieurs manières.

L'article 2140 prévoit la stipulation portant qu'il ne sera pris d'inscription que sur un, ou sur certains immeubles du mari, et alors les immeubles non indiqués pour l'inscription restent affranchis de l'hypothèque.

Mais les parties peuvent procéder d'une façon inverse, et convenir que certains immeubles du mari seront dégrevés de l'hypothèque de la femme; alors cette hypothèque n'affectera que les immeubles non désignés dans le contrat de mariage.[2]

Les parties peuvent encore convenir que la femme ne pourra pas prendre d'inscription pour certaines créances, ou qu'elle ne pourra prendre inscription que pour certaines créances : dans ces deux cas, elle conservera son hypothèque pour la sauvegarde des droits non exceptés par le contrat de mariage.[3]

Ces diverses clauses sont toutes valables, car elles procèdent toutes de la même idée : tout en conservant à la femme son hypothèque légale, à laquelle elle ne peut renoncer, ces stipulations en limitent la portée et permettent ainsi d'augmenter le crédit du mari.

Il importe d'ailleurs de ne pas confondre cette restriction de l'hypothèque, autorisée par le contrat de mariage, avec la restriction de l'inscription de cette hypothèque, lorsque le contrat de mariage est muet quant à l'étendue des

[1] Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, p. 231.

[2] Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, texte et notes 43 et 44, p. 231 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, nos 545-546.

[3] Paris, 29 mai 1819, Sirey, C. N., VI, II, 78 ; Cassation, 18 août 1856, Sirey, 56, I, 872, et Dalloz, 56, I, 365. — Aubry et Rau, *Op. et Loc. citat.*, note 45 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, no 547.

droits hypothécaires de la femme : c'est alors une question controversée de savoir si cette restriction, faite seulement dans l'inscription, est valable, mais nous nous contentons de l'indiquer, car elle trouvera sa place dans la troisième partie de ce *Traité*, lorsque nous étudierons l'inscription hypothécaire.[1]

815. — Ce que la femme, même majeure, ne peut faire, c'est « de convenir qu'il ne sera pris aucune inscription », suivant les expressions de l'article 2140, de renoncer complètement à son hypothèque légale par contrat de mariage.

Cette prohibition, qui existait déjà dans notre ancien droit, ne figurait pas dans le projet de Code civil : l'article 49 de ce projet, devenu l'article 2140, était ainsi conçu :

« Lorsque, dans le contrat de mariage, les parties seront « convenues qu'il ne sera pris *aucune inscription* sur les « immeubles du mari, ou qu'il n'en sera pris que sur un ou « certains immeubles, *tous les immeubles* du mari, ou ceux « qui ne seraient pas indiqués pour l'inscription, resteront « libres et affranchis de l'hypothèque pour la dot de la femme « et pour ses reprises. »[2]

La discussion s'engagea sur ce texte au Conseil d'Etat dans la séance du 5 Ventôse an XII ; divers orateurs prirent la parole pour demander que la renonciation totale à l'hypothèque de la femme fût prohibée :

« Même en pays coutumier, disait M. Tronchet, jamais « la renonciation générale aux hypothèques de la femme « n'a été permise dans les contrats. Avant le mariage, la « conduite du mari n'est pas encore connue ; elle l'est « après le mariage. Ainsi la femme qui renonce alors à une « partie de ses hypothèques n'agit qu'avec discernement. »

M. Treilhard objecta que la liberté la plus grande étant laissée aux parties dans le contrat de mariage, la femme avait le droit de donner à son mari tous ses biens, et qu'on ne

[1] *Voir* sur cette question, notamment : Bordeaux, 24 juillet 1863, Sirey, 64, II, 47, et Cassation, 6 décembre 1865, Sirey, 66, I, 117.

[2] Fenet, XV, p. 336-337.

pouvait dès lors lui refuser le droit beaucoup moins considérable de renoncer à son hypothèque légale. Le premier Consul répondit à l'objection d'une façon victorieuse, si l'on se place au point de vue des législateurs qui venaient d'organiser l'hypothèque légale :

« M. Treilhard s'est appuyé, dit-il, sur le principe qui peut « le plus peut le moins. Ce principe est incontestable lors- « qu'il s'agit de choses du même ordre : mais il ne peut « être appliqué lorsqu'il s'agit de choses d'un ordre diffé- « rent ; alors il faut examiner si celui qui peut faire une « chose peut aussi en faire une autre. Point de doute que « celui à qui la loi permet de donner 100,000 francs ne « puisse, à plus forte raison, en donner 50,000 ; mais il est « difficile de concevoir comment une femme qui manifeste « l'intention de retenir la propriété de ses biens pourrait « cependant, dans un excès de confiance, se dépouiller de « toute sûreté et renoncer à des hypothèques que la loi lui « donne sans son fait, parce que la loi a jugé qu'elles lui « sont nécessaires. »[1]

A la suite de cette discussion, le texte fut remanié, et l'ancienne prohibition de renoncer d'une manière absolue à l'hypothèque légale rétablie dans la loi.

816. — Ce que la loi interdit à la femme dans la disposition finale de l'article 2140, ce n'est pas seulement de renoncer directement et ouvertement, par une clause formelle, à son hypothèque légale, mais aussi d'y renoncer indirectement, en réduisant les biens sur lesquels portera l'hypothèque à une valeur évidemment insuffisante pour garantir ses droits ; ce qui arriverait dans l'hypothèse prévue par M. Duranton, où la femme « n'aurait réservé que « quelques toises de terrain, dans un cas où la dot serait « de quelque importance » ;[2] ou bien encore dans l'hypothèse prévue par le tribun Cambacérès, lors de la discussion de l'article 2140 au Conseil d'Etat : « Ce serait, disait-il

[1] Fenet, XV, p. 368.
[2] XX, n° 57.

« avec raison, une dérision que de réduire à un immeuble « de 1,000 francs l'hypothèque d'une dot de 300,000 francs. »[1]

817. — Doit-on, par application de l'article 2140, prohiber la stipulation par laquelle la femme se réserverait, par le contrat de mariage, après avoir restreint son hypothèque à certains immeubles, la faculté de la transporter au cours du mariage sur d'autres immeubles de même valeur ?

La question est très discutée, et est en effet difficile.

Pour soutenir la validité de cette clause, voici comment on raisonne. Le principe en matière de conventions matrimoniales, c'est la liberté pour les parties de régir l'association conjugale qu'elles vont former comme bon leur semble, à moins que leurs stipulations ne soient contraires aux bonnes mœurs ou aux dispositions prohibitives du Code. Or les articles 2140 à 2144 ne prohibent nullement une clause de ce genre : la femme a valablement restreint dans le contrat de mariage son hypothèque à certains immeubles, et, en se réservant de remplacer ces immeubles assujettis par d'autres de même valeur, elle ne porte aucune atteinte à ses droits hypothécaires. Quant à l'intérêt des tiers qui pourrait se trouver lésé par le transfert de l'hypothèque à des immeubles non indiqués dans le contrat de mariage, et qu'ils pouvaient croire dégrevés, il n'y a pas à s'en préoccuper ; en effet, ces tiers, prévenus par le contrat de mariage de l'éventualité de ce transfert de l'hypothèque, devaient prendre leurs précautions, et ne pas compter sur un dégrèvement que la volonté de la femme pouvait faire disparaître.[2]

818. — Nous croyons qu'il est plus conforme aux dispositions de la loi en matière d'hypothèque légale de prononcer la nullité de cette clause.

Nous ne donnerons pas comme motif de cette nullité la

[1] Fenet, XV, p. 376. — *Sic* Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 552 ; Jouitou, *De la restriction à l'hypothèque de la femme,* n° 19.

[2] Grenoble, 12 mars 1849, Sirey, 49, II, 385. — *Note,* Sirey, 52, I, 189.

violation de l'article 1395, et le prétendu changement apporté aux conventions matrimoniales par ce transfert de l'hypothèque. Ce changement en effet a été prévu dans le contrat de mariage, et, comme il laisse subsister le régime adopté et ne fait que substituer certains immeubles à d'autres pour la garantie des droits de la femme, il ne porte aucune atteinte aux conventions matrimoniales. C'est ainsi que tout le monde reconnaît que la dot peut être payée en valeurs autres que celles indiquées au contrat de mariage, au moins lorsque le contrat prévoit l'éventualité de ce changement dans le mode de paiement :[1] par le même motif, la convention que nous examinons n'est pas prohibée par l'article 1395.

Mais nous croyons qu'elle tombe sous le coup des dispositions prohibitives de l'article 2140. L'hypothèque de la femme étant une hypothèque légale, une sûreté que la loi lui accorde à raison de ce qu'il la juge incapable de défendre ses intérêts pendant le mariage, ne peut en principe être abandonnée à l'avance par celle-ci ; l'article 2140, modifié dans sa rédaction dans les circonstances que nous avons indiquées, le déclare d'ailleurs formellement, du moins lorsqu'il s'agit d'une renonciation absolue à l'hypothèque. De la combinaison des deux paragraphes de ce texte il ressort que la femme majeure ne peut restreindre son hypothèque légale dans le contrat de mariage que d'une manière, en indiquant d'une façon précise les immeubles qui resteront grevés, ou, ce qui revient au même, les immeubles qui seront dégrevés.

Or la clause dont nous étudions la validité a une toute autre portée ; elle laisse à la femme pendant le mariage, c'est-à-dire au mari, dont l'autorité et l'expérience en affaires auront facilement raison de la femme, séparée des siens et privée du concours de la justice, le soin d'examiner si certains immeubles du mari ne peuvent pas être substitués sans inconvénients aux immeubles primitivement désignés.

[1] *Voir* notre *Traité du Contrat de Mariage*, I, n° 242.

La femme pourrait à ce moyen compromettre sa dot et ses reprises de toute nature, et cela suffit pour faire prohiber cette clause.

Ajoutons que l'intérêt des tiers est, quoiqu'on en dise, très sérieusement en jeu, car ils peuvent être amenés à la nécessité de traiter avec le mari, et ils ne pourront avoir aucune sécurité, avec le caractère « ambulatoire », comme le dit exactement la Cour de Lyon, de l'hypothèque de la femme.[1]

819. — Dans l'hypothèse que nous venons d'examiner, lorsque la femme a restreint son hypothèque à certains immeubles en se réservant la faculté de la transporter sur d'autres de même valeur, la nullité qui atteint cette clause, dans l'opinion que nous avons adoptée, devra-t-elle s'étendre à la clause entière, à la restriction comme à la faculté de déplacer l'hypothèque au cours du mariage ? Ou au contraire n'y a-t-il de nulle que la faculté de déplacer l'hypothèque, la restriction aux immeubles indiqués dans le contrat de mariage demeurant valable ?

D'après une opinion, la restriction doit être déclarée valable, même si la femme a usé de la faculté qu'elle s'était réservée de transférer son hypothèque : cette translation sera nulle, mais la restriction de l'hypothèque aux immeubles primitivement assignés sera valable. La raison en est, dit-on, que ces deux clauses sont parfaitement distinctes l'une de l'autre, et que le caractère illégal de l'une ne peut pas rendre l'autre illégale : la femme a consenti d'abord à restreindre son hypothèque, puis elle a réservé le droit de la transférer sur d'autres immeubles ; la première stipulation est parfaitement licite, elle est indépendante de la seconde, et sa validité doit être reconnue en vertu du principe de la liberté des conventions matrimoniales.[2]

[1] Cassation, 5 mai 1852, Sirey, 52, I, 189, et Dalloz, 52, I, 129 ; Lyon, 26 janvier 1854, Sirey, 54, II, 245, et Dalloz, 54, II, 147. — Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, texte et note 46, p. 231-233 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, nos 547-548.

[2] Lyon, 26 janvier 1854, Sirey, 54, II, 245. — Aubry et Rau, *Op. et Loc. citat.*

Le système contraire, d'après lequel tout est nul, la restriction comme le déplacement de l'hypothèque de la femme, nous semble préférable. Il n'y a pas en effet, à notre avis, deux clauses distinctes, indépendantes l'une de l'autre, mais bien une convention unique, restreignant dans des conditions illégales l'hypothèque de la femme. La seconde partie de cette convention montre que les intérêts de la femme n'ont pas été respectés, et toute la convention doit être annulée, d'abord parce qu'elle forme un ensemble, puis parce que, si les intérêts de la femme n'ont pas été respectés à propos du déplacement de son hypothèque, il est à craindre qu'ils ne l'aient pas été mieux pour sa restriction primitive.[1]

820. — Par application du système que nous venons d'adopter sur la nullité de la clause de déplacement de l'hypothèque de la femme, on doit déclarer nulle la convention par laquelle la femme se réserverait le droit, pendant le mariage, de cantonner son hypothèque sur un ou plusieurs immeubles qu'elle désignerait. Cette convention est analogue dans ses effets à celle que nous venons d'étudier, et dans laquelle le contrat de mariage contient un premier cantonnement de l'hypothèque, que la femme se réserve de déplacer plus tard. Dans les deux cas, la femme est amenée à fixer elle-même, pendant le mariage, sans l'intervention de la justice et alors qu'elle est placée sous l'influence de son mari, une garantie qui est, dans le système de la loi, une garantie d'ordre public : c'est en réalité une réduction volontaire de l'hypothèque pendant le mariage, et le Code ne permet que la réduction autorisée par la justice, dans les termes de l'article 2144.[2]

821. — Nous croyons aussi que l'on devrait déclarer illégale la restriction dans le contrat de mariage de l'hypothèque de la femme à un seul immeuble, dont le futur époux ne serait que copropriétaire par indivis.

[1] Massé, *Note,* Sirey, 1852, I, 189 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 548.

[2] Nîmes, 4 mai 1888, Sirey, 89, II, 238, et Dalloz, 89, II, 195.

Le contraire a été jugé par la Cour d'Alger,[1] mais cette décision nous paraît mauvaise. En effet, si l'immeuble indivis est adjugé sur licitation à l'un des copropriétaires autre que le mari, l'immeuble sera réputé lui avoir toujours appartenu, et l'hypothèque de la femme s'évanouira. Une pareille stipulation équivaut donc à un dégrèvement *conditionnel* de tous les immeubles du mari, et l'article 2140 fait aussi bien obstacle à ce dégrèvement conditionnel qu'à une renonciation pure et simple à l'hypothèque légale.

822. — Comme nous l'avons dit pour l'hypothèque du mineur, et par les mêmes motifs,[2] l'hypothèque de la femme mariée restreinte par le contrat de mariage ne perd pas son caractère d'hypothèque dispensée d'inscription ; et, toute restreinte qu'elle soit, l'étendue des immeubles qui y sont affectés pourra être augmentée pour l'avenir, s'il est démontré au cours du mariage que les garanties qu'elle donne à la femme sont insuffisantes soit à raison de la diminution du gage, soit à raison de l'augmentation imprévue des droits et reprises de la femme.

823. — Nous venons d'étudier le cas dans lequel l'hypothèque de la femme peut être restreinte à certains biens du mari par une clause du contrat de mariage.

Il y a une hypothèse dans laquelle, au cours du mariage, cette hypothèque sera restreinte par la seule force de la loi : c'est le cas où la femme a épousé un commerçant, ou un homme qui, n'ayant pas de profession déterminée, est devenu commerçant dans l'année. Déjà nous avons indiqué que, dans cette hypothèse, les droits hypothécaires de la femme étaient modifiés soit quant à celles de ses créances qui demeurent garanties par l'hypothèque, soit quant aux modes à l'aide desquels ses créances peuvent être établies.[3]

Nous devons maintenant faire connaître la restriction apportée dans ce cas quant aux biens grevés de l'hypothèque ;

[1] 26 mai 1888, Sirey, 90, II, 157, et Dalloz, 89, II, 77.
[2] *Suprà,* Tome II, n°s 735 et 737.
[3] *Suprà,* Tome II, n° 761.

mais, comme nous l'avons fait pour les deux autres restrictions, nous nous bornerons aux idées générales, l'explication de l'article 563 appartenant à l'étude du droit commercial.

D'après ce texte, sont « *seuls* » soumis à l'hypothèque de la femme « les immeubles qui appartenaient au mari à l'é-« poque de la célébration du mariage ou qui lui seraient « advenus depuis, soit par succession, soit par donation « entre vifs ou testamentaire. »

Le motif de cette restriction est le suivant : la loi n'a pas voulu que des immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage, c'est-à-dire peut-être avec l'argent des créanciers du mari, servissent à garantir les droits et reprises de la femme. Si cette restriction à l'hypothèque de la femme n'existait pas, les créanciers du mari seraient, comme le dit très bien M. Pont,[1] à la discrétion de leur débiteur, qui serait toujours maître d'employer ses capitaux à l'acquisition d'immeubles sur lesquels la femme primerait les autres créanciers.

824. — Devra-t-on appliquer la restriction de l'article 563 aux constructions ou améliorations faites, au cours du mariage, par le mari aux immeubles dont il était propriétaire avant le mariage, ou qu'il a recueillis à titre gratuit pendant sa durée ?

Un certain nombre d'arrêts ont jugé que l'hypothèque de la femme doit s'étendre aux constructions et améliorations, et il faut reconnaître que l'argumentation de ces arrêts est logique. L'hypothèque acquise s'étend, dit l'article 2133, à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué, et l'on admet qu'il faut faire rentrer dans cette expression, « améliorations », tout travail qui augmente la valeur de l'immeuble, notamment les constructions. A cette règle l'article 563 du Code de commerce n'apporte aucune exception, et se borne à soustraire à l'hypothèque de la femme

[1] *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 531.

certaines catégories d'immeubles, mais non les améliorations faites aux immeubles du mari, et on doit dès lors leur appliquer la règle de droit commun de l'article 2133.[1]

825. — Cette opinion, unanimement repoussée par la doctrine,[2] est rejetée par les derniers arrêts rendus sur cette question,[3] et pour notre part nous approuvons tout à fait l'application de l'article 563 aux constructions et améliorations.

Si l'on consulte l'esprit de ce texte, les motifs qui l'ont inspiré, il est certain que le danger pour les créanciers du mari est le même, qu'il s'agisse d'acquisitions d'immeubles à titre onéreux faites par celui-ci, ou de constructions élevées ou d'améliorations apportées sur un terrain à lui propre. Dans les deux cas, il est à craindre que le mari n'emploie tous ses capitaux à une augmentation de son patrimoine immobilier, sur lequel la femme est préférée aux autres créanciers.

Quant au texte de l'article 563, nous croyons qu'il se prête très bien à cette interprétation : en décidant que les immeubles qui appartenaient au mari lors du mariage ou qui lui sont advenus depuis à titre gratuit sont seuls soumis à l'hypothèque de la femme, ce texte signifie deux choses : la première, que les immeubles autrement acquis n'y sont pas soumis ; la seconde, qu'ils y sont soumis seulement dans l'état où ils étaient à ce moment, et non avec des additions ou améliorations qui peuvent en décupler la valeur.

[1] Rouen, 29 décembre 1855, Sirey, 57, II, 753, et Dalloz, 57, II, 197 ; Grenoble, 28 juin 1858, Sirey, 59, II, 249, et Dalloz, 59, II, 191 ; Caen, 3 juin 1865, Sirey, 65, II, 310.

[2] Rodière, *Note,* Sirey, 1857, II, 753 ; Bravard-Veyrières et Demangeat, *Droit commercial,* V, p. 566 ; Lyon-Caen et Renault, *Précis de Droit commercial,* V, p. 566 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* texte et note 51, p. 234-235 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 535 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1014.

[3] Montpellier, 29 juillet 1867, Sirey, 68, II, 190 ; Grenoble, 8 mars 1892, Dalloz, 92, II, 205.

826. — Une question plus difficile, à notre avis, naît pour l'application de l'article 563, lorsque le mari était propriétaire au moment du mariage, ou le devient à titre gratuit au cours du mariage, d'une portion indivise dans un immeuble; puisque, ultérieurement, il devient propriétaire de tout l'immeuble par le résultat du partage ou de la licitation intervenue avec les autres copropriétaires, et cela moyennant une soulte ou un prix à leur payer: l'hypothèque de la femme portera-t-elle sur tout l'immeuble, ou seulement sur la portion qui appartenait primitivement au mari et pour laquelle il n'a rien eu à débourser ?

La question est très controversée.

Une opinion, admise par quelques arrêts et soutenue par d'éminents jurisconsultes, décide que l'hypothèque de la femme ne doit s'étendre qu'aux parties de l'immeuble pour lesquelles le mari n'a rien eu à débourser.

Le raisonnement que l'on tient, dans ce système, est celui que nous présentions nous-même dans l'hypothèse précédente, à propos des améliorations à l'immeuble propre du mari: la loi a voulu, dans l'article 563, limiter l'hypothèque de la femme aux seuls immeubles du mari qui n'auront pas pu être acquis avec l'argent des créanciers, et les prix ou soultes qu'il paie à ses copartageants peuvent avoir cette origine, aussi bien que l'argent employé à des constructions ou améliorations.

Il est vrai qu'en vertu de l'article 883 du Code civil le copartageant est censé avoir toujours été propriétaire des immeubles mis dans son lot, ou à lui échus sur licitation; mais cette règle ne s'applique point toujours aux ayants-cause des copartageants, et c'est ainsi que, sous le régime de la communauté, si l'immeuble dont l'un des époux était copropriétaire par indivis devient un propre pour la totalité, par application des articles 1408 et 883, il ne le devient qu'à la charge d'une indemnité pour la communauté qui a payé la soulte ou le prix de licitation. De même ici, l'immeuble tout entier sera propre au mari, mais la femme ne

pourra exercer son hypothèque sur les portions de l'immeuble qui ont été réellement acquises à titre onéreux.[1]

Toutefois MM. Aubry et Rau apportent une restriction à cette théorie : si le mari n'a pas reçu en immeubles plus que sa part, et que les autres copartageants aient eu leur lot en valeurs mobilières héréditaires, la femme exercera son hypothèque sur tous les immeubles échus au mari ou acquis par lui, car il est alors certain que les immeubles n'ont été payés pour aucune partie par l'argent des créanciers.

827. — Tout en reconnaissant la difficulté de la question, nous croyons qu'il est plus juridique d'accorder à la femme l'exercice de son hypothèque sur tous les immeubles échus au mari ou acquis par licitation, et cela sans distinction entre le cas où les autres cohéritiers ont reçu leur lot en valeurs héréditaires, et celui où les prix ou soultes ont été fournis des deniers du mari.

Cette solution nous paraît résulter des motifs suivants.

L'attribution au mari de la totalité d'immeubles indivis entre lui et des tiers, moyennant le paiement d'une soulte ou d'un prix de licitation, rentre sous l'application de l'article 883 ; et il en résulte que le mari est réputé avoir été propriétaire de ces immeubles soit avant le mariage, soit par succession ou donation recueillies depuis le mariage, ce qui écarte, en droit pur, l'application de l'article 563 du Code de commerce.

Mais nous reconnaissons que cet argument n'est pas suffisant, en présence de l'opinion que nous venons d'adopter à propos des constructions et améliorations, qui, incorporées à un immeuble sur lequel la femme peut exercer son hypothèque, devraient être de même condition que l'immeuble dont elles forment l'accessoire ; et voici la raison

[1] Bourges, 2 février 1836, Sirey, 37, II, 465 ; Paris, 8 avril 1853, Sirey, 53, II, 565, et Dalloz, 54, II, 112 ; Caen, 21 avril 1866, Sirey, 68, II, 270, et Dalloz, 69, II, 44. — Bertauld, *Revue critique,* 1864, p. 392 et suiv. ; Demolombe, *Cours de Code civil,* XVII, n° 328 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* texte et note 52, p. 235-236.

qui nous détermine principalement à l'application rigoureuse de l'article 883.

Lorsque le mari est propriétaire par indivis d'un immeuble, la femme est exposée, par le résultat du partage à intervenir, à perdre complètement le bénéfice de son hypothèque sur cet immeuble, s'il échoit à un autre des copropriétaires ou lui est attribué sur licitation. Or ce péril qu'elle court implique, réciproquement, la possibilité de voir son gage s'augmenter par l'attribution de tout l'immeuble au mari : il ne peut pas se faire que la femme soit désarmée contre les mauvaises chances du partage et en même temps mise dans l'impossibilité d'en recueillir les avantages.

D'ailleurs, comme on l'a justement fait remarquer, l'article 563, en déclarant que les immeubles advenus par succession au mari sont soumis à l'hypothèque de la femme, admet par là même l'éventualité d'un partage avec tous ses effets légaux et avec l'application de l'article 883. Nous ajoutons qu'à la différence de l'article 1408, invoqué par l'opinion que nous combattons, et qui réserve formellement le droit de la communauté à une indemnité pour les prix ou soultes qu'elle a déboursés, l'article 563 du Code de commerce n'apporte aucune limitation à l'hypothèque de la femme, suivant les éventualités du partage.

Aussi concluons-nous qu'il est impossible d'apporter ici une exception à la règle de l'article 883, à moins qu'il ne soit établi que le partage a été fait en fraude des droits des créanciers, et dans le but de permettre à la femme de faire disparaître au moyen de son hypothèque légale le gage de ceux-ci.[1]

[1] Limoges, 14 mai 1853, Sirey, 53, II, 567, et Dalloz, 54, II, 113 ; Grenoble, 5 août 1857, Sirey, 58, II, 633, et Dalloz, 66, II, 11 ; Angers, 27 mai 1864, Sirey, 64, II, 270, et Dalloz, 64, II, 152 ; Metz, 20 décembre 1865, Dalloz, 66, II, 10 ; Metz, 14 novembre 1867, Sirey, 68, II, 270, et Dalloz, 69, II, 43 ; Douai, 26 novembre 1868, Sirey, 68, II, 334, et Dalloz, 69, II, 43 ; Cassation, 10 novembre 1869, Sirey, 70, I, 5, et Dalloz, 69, I, 501. — Labbé, *Note,* Sirey, 1870, I, 5 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 536 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1015.

828. — Au cas d'échange par le mari de l'un de ses immeubles à la charge d'une soulte à payer par lui, nous croyons que l'article 563 s'oppose à ce que la femme exerce son hypothèque sur la fraction de l'immeuble nouveau correspondant à la soulte payée par le mari. Cette fraction est en effet acquise *à titre onéreux*, elle est la représentation de la soulte payée par le mari, et ni le texte, ni l'esprit de l article 563 ne permettent d'étendre à cette portion de l'immeuble l'hypothèque de la femme.[1]

829. — La restriction de l'article 563 doit s'appliquer non seulement aux immeubles du mari qui sont encore en sa possession au moment de la faillite, mais aussi à ceux qu'il aurait aliénés avant la faillite; et la femme ne pourra poursuivre les tiers détenteurs de ces biens qui n'auraient pas encore purgé. En effet, les motifs de l'article 563, comme aussi la généralité de ses termes exclut tout droit hypothécaire de la femme sur les immeubles du mari qui ont pu être acquis avec l'argent des créanciers. D'ailleurs, comme on l'a dit justement, si la femme pouvait agir contre les tiers détenteurs, ceux-ci auraient un recours en garantie à exercer contre leur vendeur, et viendraient ainsi grossir la masse des créanciers, au détriment de ceux qui la composent.[2]

§ V

De la date à laquelle l'hypothèque légale de la femme mariée prend naissance.

830. — Dans notre ancien droit, l'hypothèque tacite de la femme mariée n'avait en général qu'une date unique, qui était celle du contrat de mariage, et cela sans distinc-

[1] *Compar.* Valette, *Des Privilèges et Hypothèques,* p. 263; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 535.

[2] Agen, 22 juillet 1859, Sirey, 60, II, 86 ; Nancy, 27 mai 1865, Sirey, 66, II, 345. — Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* texte et note 60, p. 238.

tion entre les diverses créances de celle-ci. Il y avait eu des controverses, notamment en ce qui concernait la créance pour aliénation volontaire des propres de la femme, et pour l'indemnité des dettes contractées par elle pour son mari :

« ... Il y a de fortes raisons contre cette hypothèque, « dit Pothier. On peut dire que l'hypothèque des biens étant « accessoire à l'obligation de la personne, il est impossi- « ble, par la nature des choses, qu'elle précède l'obligation « de la personne, étant impossible qu'un accessoire sub- « siste sans son sujet... L'obligation du mari d'indemni- « ser sa femme des dettes de la communauté ne pouvant « naître que du jour qu'elle les a contractées, l'hypothèque « des biens du mari, qui est un accessoire de cette obliga- « tion d'indemnité, ne peut pareillement naître que du jour « que la femme a contracté les dettes dont elle doit être in- « demnisée, et non du jour de son contrat de mariage. »[1]

La même controverse était née pour l'aliénation volontaire des biens de la femme :

... « L'hypothèque qu'on fait remonter en ce cas au jour « du contrat de mariage, dit encore Pothier, souffre les « mêmes difficultés que celle qui est accordée à la femme « pour son indemnité des dettes de la communauté, auquel « elle s'est obligée... »[2]

Mais Pothier constate qu'à l'époque où il écrivait ces controverses avaient pris fin, et la jurisprudence des Parlements était fixée dans le sens de l'unité de la date de l'hypothèque de la femme, le jour du contrat de mariage.

Quelques coutumes toutefois s'étaient écartées de ce système, notamment la coutume de Normandie, dont voici les dispositions :

Article 539. — « Si la dot de la femme a été aliénée en « tout ou en partie, et que les deniers ne soient convertis à « son profit, elle aura récompense du juste prix sur les

[1] *De la Communauté*, n° 763.
[2] *Op. citat.*, n° 611.

« biens de son mari *du jour du contrat de mariage et célé-*
« *bration d'iceluy.* »

Article 542. — « Et quant à tous autres biens immeubles
« appartenant aux femmes, autres que leur dot, soit à droit
« de succession, donation, acquisition ou autrement..., la
« femme doit avoir sa récompense sur les biens de son
« mari, *mais l'hypothèque prend seulement pied du jour de*
« *l'aliénation...* »

831. — Nous avons vu que,[1] dans le projet de Code civil, l'article 44, devenu l'article 2135, adoptait l'idée qui avait triomphé dans l'ancien droit, et assignait à l'hypothèque de la femme la date unique, non plus du jour du contrat de mariage, mais du « jour du mariage »,[2] mais que ce système fut modifié sur les observations de la section de législation du Tribunat, observations que nous avons reproduites.[3]

Selon nous, cet échelonnement des dates de l'hypothèque de la femme vaut beaucoup mieux, sous notre législation où cette hypothèque est en général occulte, qu'une date uniforme qui, comme le disait le Tribunat, a souvent pour résultat de faire remonter l'hypothèque à une date où la créance n'existe pas encore : le système qu'avait adopté notre ancien droit est très dangereux pour les tiers, que rien n'avertit de l'existence de cette hypothèque, qui va rétroagir à leur préjudice.

Le Code a admis un système différent pour l'hypothèque des mineurs et des interdits, et nous avons fait remarquer le peu d'harmonie qui existait entre ces deux dispositions :[4] ce défaut d'harmonie est frappant surtout lorsqu'il s'agit des successions ou donations, pour lesquelles l'hypothèque existe, pour le mineur, du jour de l'ouverture de la tutelle, et, pour la femme mariée, du jour où les successions ou donations ont leur effet.

[1] *Suprà,* Tome II, n° 749.
[2] Fenet, XV, p. 336.
[3] *Suprà, Loc. citat.*
[4] *Suprà,* Tome II, n° 739

832. — Les dispositions de l'article 2135, qui indiquent la date à laquelle l'hypothèque légale de la femme prendra naissance, doivent être considérées comme étant d'ordre public, et les parties n'y peuvent déroger, soit en fixant, par exemple, pour une date unique le jour du mariage, soit, à l'inverse, en reportant l'hypothèque de la dot au jour où le mari l'aurait reçue effectivement. Elles touchent en effet à l'ordre public à deux points de vue opposés, en ce qu'elles intéressent le crédit général, et qu'il importe de ne pas grever outre mesure les biens du mari, déjà si atteints par l'hypothèque de la femme telle qu'elle est organisée; puis en ce que la femme, que la loi a voulu protéger, doit l'être au moins dans la limite où la loi, à tort ou à raison, a jugé cette protection nécessaire.[1]

833. — Toutefois, si les parties ne peuvent modifier dans le contrat de mariage la date de l'hypothèque légale de la femme, nous croyons, avec MM. Aubry et Rau,[2] que rien ne s'oppose à ce qu'elles donnent à la femme une hypothèque d'une date préférable, mais soumise à la nécessité d'une inscription à prendre en vertu de la constitution hypothécaire contenue dans le contrat de mariage: il ne s'agit plus alors d'une modification apportée à l'hypothèque légale, générale et occulte, mais d'une constitution d'hypothèque conventionnelle, qui est valable pourvu que les conditions exigées pour la création d'une hypothèque conventionnelle soient remplies.

834. — L'article 2135 prévoit quatre causes de créances de la femme pour lesquelles il assigne un rang à son hypothèque: sa dot et ses conventions matrimoniales, les som-

[1] Grenoble, 7 mars 1868, Sirey, 68, II, 339, et Dalloz, 68, II, 171. — Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 588 *bis ;* Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* texte et note 63, p. 238-239 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 760. — *Voir* toutefois Cassation, 26 février 1829, Dalloz, Répert. alphab., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 925.

[2] *Op. et Loc. citat.*

mes dotales provenant des successions à elle échues ou de donations à elle faites pendant le mariage, l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari et enfin le remploi de ses propres aliénés.

Nous examinerons ces quatre causes de créances de la femme, puis nous rechercherons le rang de son hypothèque pour d'autres créances que la loi n'a pas prévues.

835. — A raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales, la femme a hypothèque, d'après l'article 2135, « à compter *du jour du mariage* ».

Une opinion a essayé de soutenir que, s'il a été fait un contrat de mariage, ce n'est pas du jour du mariage, mais *du jour du contrat de mariage* que l'hypothèque doit prendre naissance.

On invoque, en ce sens, l'opinion qui paraît en effet avoir prévalu dans notre ancien droit, et que Basnage résume dans les termes suivants :

... « Il est certain qu'autrefois on faisait cette distinction « *an longo tempore post conscriptas tabules subsecuta sit so-* « *lennitas matrimonii et concubitus ?* Et que, quand il y avait « un intervalle considérable, le douaire n'avait hypothèque « que du jour de la célébration. Et il fut jugé de la sorte en « la Chambre de l'Edit, le 2 de juin 1606, pour le sieur « Gilain contre la demoiselle de Fréville, parce qu'il y avait « sept mois d'intervalle entre le contrat et la célébration « de mariage.

« Mais depuis on a tenu indistinctement que l'hypothè- « que du douaire est acquise du jour que le contrat de ma- « riage a été reconnu. Cette question fut décidée, en la « Chambre des Enquestes, au rapport de Monsieur de Vigne- « rol, le 14 d'aoust 1645... »[1]

On ajoute que si les expressions de l'article 2135, « à « compter *du jour du mariage* », sont de nature à faire croire à une innovation du Code, elles sont rectifiées par

[1] *Des Hypothèques,* chap. XIII. — *Sic* Domat, *Lois civiles,* Liv. III, Tit. I, sect. I, n° 3.

les articles 2194 et 2195, consacrés à la purge des hypothèques non inscrites : les hypothèques inscrites dans le délai indiqué par l'article 2194 auront le même effet, dit ce texte, que « si elles avaient été prises *le jour du contrat* « *de mariage* » ; et l'article 2195 ajoute que les inscriptions prises « auront toujours, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, *la* « *date du contrat de mariage* ».

On fait remarquer encore que l'article 1404 répute acquêts de communauté les immeubles acquis dans l'intervalle qui s'écoule entre le contrat de mariage et la célébration ; ce qui prouve, dit-on, que la communauté est légalement existante dès ce moment, et l'on ne peut admettre que pendant cette période le mari crée des hypothèques nuisibles à la femme.[1]

836. — L'opinion que nous venons d'exposer n'a pas réussi, et elle ne devait pas réussir ; et la jurisprudence, ainsi que la majeure partie des auteurs, reconnaissent que c'est seulement du jour du mariage, et non du jour du contrat de mariage, que l'hypothèque de la femme prendra rang pour sa dot et ses conventions matrimoniales.

L'autorité de l'ancien droit en cette matière doit être écartée, par la raison suivante : c'est que, si l'on avait admis, non sans difficulté, que l'hypothèque de la femme daterait du jour du contrat de mariage, cela tenait à ce que les actes notariés emportant hypothèque, il devait en être du contrat de mariage comme des autres actes. Mais, s'il n'y avait point de contrat de mariage, ou peut-être même si l'hypothèque n'était pas stipulée dans ce contrat, elle ne datait que du jour du mariage, ainsi que l'indique très nettement Guy Coquille :

« Cette hypothèque, pour la restitution de la dot de la « femme, si elle est stipulée au même contrat reçu par le

[1] Tribunal de Montpellier, 3 janvier 1870, Sirey, 71, II, 100, et Dalloz, 71, III, 7 ; Grenoble, 8 février 1879, Dalloz, 80, II, 149. — Merlin, Répert., V° *Inscription hypothécaire,* § III, n° 8 ; Benoît, *De la Dot,* II, p. 47 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n°s 579-584 *bis*.

« notaire, aura son effet de priorité du jour du contrat « passé sans attendre le jour de l'accomplissement du ma- « riage, ni le jour du payement de la dot. *L. 1. ff., qui pot.* « *in pign. hab.* Parce que le mari, dès lors de la promesse, « acquiert hypothèque sur les biens de celui qui promet la « dot, il est bien raisonnable que dès lors aussi soit acquise « hypothèque à la femme sur les biens du mari pour la « restitution de la dot...

« Mais s'il n'y a point de contrat passé, ni d'hypothèque « stipulée, comme quand il n'y a que des articles accordez, « et nous soyons *aux purs termes d'hypothèque tacite et* « *légale*, semble que ladite hypothèque est *du jour de l'ac-* « *complissement du mariage*, car de ce jour la dot commence « à être dot. »[1]

Or sous l'empire du Code, où nous en sommes « aux « purs termes d'hypothèque tacite et légale », puisque les actes notariés n'emportent plus hypothèque, et que d'ailleurs l'hypothèque, fût-elle stipulée dans le contrat de mariage, ne vaudrait que comme hypothèque spéciale et inscrite, on devrait, par application même des principes de notre ancien droit, ne donner d'hypothèque à la femme que du jour du mariage.

C'est ce que fait expressément l'article 2135 ; et les termes précis de ce texte, qui a pour but d'indiquer la date de l'hypothèque de la femme, ne peuvent être ébranlés par les mots incidemment placés dans les articles 2194 et 2195, qui se rapportent à une toute autre matière qu'à celle de la date de l'hypothèque de la femme, à la matière de la purge.

Observons enfin que l'hypothèque de la femme, générale et occulte, est déjà assez dangereuse par elle-même pour qu'on ne la fasse pas remonter au-delà du mariage, qui donne du moins une certaine publicité à la naissance de

[1] Guy Coquille, *Sur la Coutume de Nivernais*, chap. XXIII, art. 18.

l'hypothèque de la femme, tandis que le contrat de mariage n'en a aucune.[1]

837. — L'hypothèque pour la dot et les conventions matrimoniales ne datera que du jour du mariage, lors même que le futur époux aurait reçu réellement la dot de la femme le jour du contrat de mariage ; il ne la reçoit pas comme mari, et il n'y aura de dot véritable qu'au jour du mariage, lorsque les futurs époux deviendront mari et femme ; et l'effet ne peut précéder la cause.[2]

838. — L'hypothèque pour les « conventions matrimo-« niales » prend rang, comme l'hypothèque de la dot, du jour du mariage.

Nous avons vu, dans le deuxième paragraphe de cette section, en déterminant les créances auxquelles l'hypothèque de la femme était attachée, ce qu'il fallait entendre par ces mots « conventions matrimoniales » ; et nous avons dit notamment que l'on devait y comprendre toute donation de biens présents faite par le mari à la femme, par exemple une donation d'usufruit ou de rente viagère, qui doivent être considérées comme des donations de biens présents. Au contraire, dans l'opinion que nous avons adoptée, les donations de biens à venir ne doivent pas être comprises dans les conventions matrimoniales.[3]

839. — L'article 2135 prévoit ensuite une seconde classe de créances, « les sommes dotales qui proviennent à la

[1] Nîmes, 26 mars 1833, Sirey, 34, II, 89 ; Caen, 5 juin 1876, Sirey, 77, II, 118, et Dalloz, 78, I, 154 ; Cassation, 22 janvier 1878, Sirey, 78, I, 306, et Dalloz, 78, I, 154. — Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2135, § II, n° 2 ; Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 243 ; Duranton, XX, n° 20 ; Benech, *De l'Emploi et du Remploi,* n° 111 ; Tessier, *De la Dot,* II, n° 134 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* texte et note 64, p. 239-240 ; Rodière et Pont, *Du Contrat de Mariage,* II, n° 674 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n°s 572 et 753 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1478.

[2] Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 752.

[3] *Suprà,* Tome II, n°s 766-776, et les autorités qui y sont citées.

« femme de successions à elle échues, ou de donations à « elle faites pendant le mariage », et il indique que l'hypothèque ne prendra rang, pour ces créances, que « du jour « de l'ouverture des successions ou du jour où les dona- « tions ont eu leur effet ».

MM. Aubry et Rau critiquent cette partie de l'article 2135 : il eût été logique, disents-ils, de faire remonter l'hypothèque de la femme pour ces valeurs à la célébration du mariage, car il s'agit de sommes soumises à l'administration du mari en vertu des droits qu'il tient du contrat de mariage, sans aucun fait nouveau de la part de la femme : la date de l'hypothèque devrait donc être la même que pour les capitaux reçus en vertu de la constitution de dot.[1]

Nous croyons ces critiques mal fondées. Il est vrai que c'est en vertu des pouvoirs que lui donne le contrat de mariage que le mari reçoit les capitaux provenant des successions ou donations, mais il ne les reçoit qu'après l'ouverture des successions, ou après le jour où la donation a produit son effet. Il y a là un fait, postérieur de bien des années peut-être au mariage, dont la date est facile à déterminer, et avant lequel la créance de la femme ne peut naître : il est utile, dans l'intérêt du crédit du mari et de la sécurité des tiers qui traiteront avec lui, de ne pas faire remonter l'hypothèque à une date antérieure, et peut-être de beaucoup antérieure à la créance qu'elle garantit.

840. — S'il s'agit de valeurs provenant à la femme de successions à elle échues, son hypothèque prend rang, d'après les termes de l'article 2135, « du jour de *l'ouverture* « des successions », et non du jour où le mari a réellement reçu les capitaux dépendant de ces successions. La Cour de cassation en a très bien donné le motif : dès l'ouverture de la succession échue à la femme, le mari en devient administrateur et contracte l'obligation de rendre compte des valeurs qui en dépendent. C'est là une obliga-

[1] III, § 264 *ter*, texte et note 65, p. 240.

tion unique dans son principe, et qui doit être garantie par une hypothèque naissant en même temps que l'obligation, quelles que soient les dates ultérieures auxquelles le mari recouvrera les capitaux qu'il a mission d'administrer.[1]

Il en sera ainsi notamment, si le capital d'une rente provenant à la femme d'une succession est remboursé un certain temps après l'ouverture de cette succession : l'hypothèque qui garantit le remboursement de ce capital datera du jour de l'ouverture de la succession.[2]

De même encore, si un immeuble recueilli par la femme dans une succession est incendié au cours du mariage, et l'indemnité d'assurance touchée par le mari, l'hypothèque de la femme à raison de cette indemnité prendra rang non du jour du sinistre, mais du jour de l'ouverture de la succession dont cet immeuble dépendait.[3]

841. — S'il s'agit de donations, la femme a hypothèque « du jour où ces donations *ont eu leur effet* » : ces expressions, que le législateur a employées à dessein, signifient, à notre avis, non pas le jour où la donation a été acceptée, comme on l'a soutenu,[4] mais le jour où le mari est devenu responsable des valeurs comprises dans la donation. « L'effet » dont il question dans l'article 2135 ne peut s'entendre que de l'effet réel de la donation, et non de la perfection juridique du lien de droit ; sans cela l'article 2135 aurait dit « du jour où la donation est parfaite », et non « du jour où elle a eu son effet ». La question présente de l'intérêt notamment pour les donations conditionnelles, qui sont parfaites comme les donations pures et simples, du jour de l'acceptation, mais pour lesquelles le mari ne peut devenir responsable que du jour de l'accomplissement de

[1] Cassation, 5 mai 1841, Sirey, 42, I, 448. — Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, nos 584-586 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* texte et note 66, p. 240-241.

[2] Cassation, 18 août 1871, Sirey, 72, II, 273, et Dalloz, 73, II, 228.

[3] Nancy, 10 juillet 1889, Sirey, 90, II, 155.

[4] Merlin, Répert., Vo *Inscription hypothécaire,* no 10.

la condition, car c'est à ce moment-là seulement que naissent ses pouvoirs d'administrateur.[1]

842. — Si le bien donné est remis au mari avant l'époque fixée pour cette remise par le contrat de mariage qui contient la donation, nous croyons, avec un arrêt de Cassation de 1879,[2] que l'hypothèque de la femme prendra rang du jour de cette remise. En vain objecterait-on que l'article 1395 défend toute dérogation aux conventions matrimoniales, et que c'est y déroger de payer avant l'époque fixée par le contrat : nous avons examiné cette question en étudiant l'article 1395, et notre conclusion a été que ce changement, qui ne nuit qu'au constituant, ne peut être considéré comme une modification aux conventions matrimoniales.[3] D'un autre côté, comme cette donation produit effet du jour où le mari est mis en possession du bien donné, l'article 2135 veut que l'hypothèque date de ce moment.

843. — L'article 2135 prévoit une dernière cause de créance de la femme, « l'indemnité des dettes qu'elle a « contractées avec son mari et le remploi de ses propres « aliénés », et modifiant en cela les principes admis dans notre ancien droit, il décide que l'hypothèque de la femme ne prendra rang « qu'à compter du jour de l'obligation ou « de la vente ».

Voici comment Merlin résume les principes qui étaient suivis sur ce point dans notre ancien droit :

« La femme est, dit-il, colloquée d'abord pour sa dot. « Dans certains cas, le douaire passe avant le remploi des « propres ; dans d'autres, il ne vient qu'après. On distin- « gue si l'aliénation a été volontaire ou forcée. Au premier « cas, quand la femme a vendu ses propres conjointement « avec son mari, elle n'est colloquée pour son remploi

[1] Persil, *Régime hypothécaire,* article 2135, § V, n° 7 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* texte et note 67, p. 241 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n°s 754 et 757.

[2] 28 janvier 1879, Sirey, 79, I, 214, et Dalloz, 79, I, 83.

[3] *Voir* notre *Traité du Contrat de Mariage,* IV, n° 242.

« qu'après le douaire, parce que le douaire étant propre « aux enfants, on n'a pas voulu les priver d'une dernière « ressource que la loi leur assure. Au second cas, lorsque « le mari a reçu le rachat des rentes, comme on ne peut « rien imputer à la femme qui n'a pu forcer son mari à faire « emploi, elle est colloquée comme pour sa dot. Ensuite « vient l'indemnité pour les dettes que la femme a contrac- « tées avec son mari ; et en dernier lieu le préciput. »[1]

Par exception, en Normandie et en Bretagne, la femme n'avait hypothèque pour le remploi de ses propres aliénés que du jour de l'aliénation.

Merlin fait remarquer tous les inconvénients du système généralement suivi : « C'est une porte ouverte aux fraudes, « par le moyen de laquelle on peut avantager des créan- « ciers postérieurs au préjudice des premiers, car les cré- « anciers postérieurs qui ont la femme pour obligée sont « colloqués sur ses reprises, qu'elle exerce jusqu'à ce « qu'elle reste indemne. » Et voici la conclusion de Merlin en présence de ces dangers : « C'est pourquoi il est pru- « dent de ne pas contracter avec un homme marié, à moins « que la femme ne consente à s'obliger avec lui, ou que « ce ne soit pour quelque cause privilégiée. »

844. — Le projet de Code civil reproduisait la doctrine de l'ancien droit, et assignait à l'hypothèque de la femme une date unique, le jour du mariage. La section de législation proposa de substituer à cette date unique les dates diverses qui ont été adoptées dans la rédaction définitive de l'article 2135 ; et elle motiva dans les termes suivants le changement qu'elle proposait en ce qui concerne l'indemnité des dettes que la femme a contractées avec son mari et le remploi des propres aliénés :

« Si la femme s'oblige conjointement avec son mari, ou « si, de son consentement, elle aliène ses immeubles, elle « ne doit avoir hypothèque sur les biens du mari pour son

[1] RÉPERT., V° *Hypothèque,* sect. I, § VIII, n° 5.

« indemnité, dans ces deux cas, qu'à compter de l'obliga-
« tion ou de la vente. Il n'est pas juste qu'il y ait une hypo-
« thèque avant l'existence de l'acte qui forme l'origine de
« la créance ; et il est odieux que la femme, en s'obligeant
« ou en vendant postérieurement, puisse primer des créan-
« ciers ou des acquéreurs qui ont contracté auparavant avec
« le mari. C'est là une source de fraudes qu'il est enfin
« temps de faire disparaître. »[1]

C'est à la suite de ces observations que l'article 44 du projet, devenu l'article 2135, fut remanié dans les termes où il est aujourd'hui rédigé.

845. — Nous avons tenu à reproduire ces origines de l'article 2135, car elles vont nous servir à résoudre une question controversée : le contrat de mariage des époux pourrait-il modifier cette date assignée par l'article 2135 à l'hypothèque de la femme au cas d'obligation par elle contractée ou de vente de ses propres, et dire qu'elle remontera pour ces causes au jour du mariage ? L'affirmative a été adoptée par la Cour de cassation,[2] mais nous croyons que c'est la solution contraire qui doit être préférée : c'est en effet dans un intérêt d'ordre public, pour protéger les tiers contre une rétroactivité qui constitue pour eux un véritable péril, que l'article 2135 a été modifié de la manière que nous venons d'indiquer ; et la convention des parties ne peut porter atteinte à une loi d'ordre public.[3]

845 I. — Si la femme vend, avec l'autorisation de son mari, des biens à elle appartenant pour acquitter une dette qu'elle a contractée solidairement avec lui et dans l'intérêt de celui-ci, l'hypothèque datera, non du jour de la vente des biens de la femme, mais du jour de l'engagement solidaire des deux époux. La raison en est que la femme s'é-

[1] Fenet, XV, p. 414.

[2] 26 février 1829, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., V° *Privilèges et Hypothèques*, n° 925.

[3] Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n°s 588-589 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 760.

tant obligée comme caution, à raison des dispositions de l'article 1431 du Code civil, a le droit d'exercer son hypothèque du jour de l'engagement par elle pris, en vertu de l'article 2135, « du jour de l'obligation ». La vente qu'elle a faite ensuite de ses biens, pour acquitter l'obligation par elle contractée, n'a été qu'une conséquence de cette obligation, un moyen d'éviter l'expropriation forcée, et elle ne peut influer sur le point de départ de l'hypothèque.[1]

846. — Si les biens propres de la femme, au lieu d'avoir été aliénés par celle-ci, l'ont été par son mari, et que plus tard la femme ou ses héritiers viennent à ratifier cette aliénation, l'hypothèque datera-t-elle du jour de la vente, ou du jour de l'aliénation ?

Du jour de la vente, d'après une première opinion. L'hypothèque de la femme a pris sa source, dit-on, dans le fait même de la vente ; à partir de ce moment son droit de créance contre son mari est né et a été garanti par son hypothèque, et la ratification qu'elle ou ses héritiers donne ne fait que valider la vente et rendre la créance de la femme définitive. Cette ratification doit donc remonter par ses effets au contrat lui-même, auquel elle s'incorpore, et cela conformément aux principes généraux en matière de ratification.[2]

Nous croyons au contraire que l'hypothèque ne datera que du jour de la ratification. Le mari n'a pas qualité pour vendre les biens propres de la femme, et l'aliénation qu'il en fait étant nulle ne peut produire effet à sa date : les droits que des tiers acquièrent sur les biens du mari après cette vente ne peuvent donc être primés par les droits de la femme, qui n'a encore aucune créance contre son mari, car elle est restée propriétaire du bien indûment aliéné. La femme ne deviendra créancière de son mari que du jour où, par un acte émané d'elle, elle aura ratifié la vente, mais

[1] Pau, 23 novembre 1893, Dalloz, 94, II, 423.
[2] Paris, 18 juin 1863, Sirey, 64, II, 208.

cette ratification ne peut rétroagir au préjudice des droits acquis à des tiers.[1]

847. — Si l'aliénation des biens de la femme ou l'obligation par elle contractée résultent d'un acte sous seing, l'hypothèque prendra-t-elle rang du jour de cet acte, ou seulement du jour où il aura acquis date certaine ?

Du jour de l'acte, d'après une première opinion. L'article 2135 le décide formellement, dit-on, lorsqu'il porte qu'elle a hypothèque « à compter du jour de l'obligation ou « de la vente ». On ajoute que cette dérogation à l'article 1328 s'explique par l'intention qu'avaient à l'origine les rédacteurs du Code d'accorder à toutes les créances de la femme la date du mariage. Cette idée a été abandonnée, mais on n'est pas allé jusqu'à exiger que les aliénations ou les obligations aient date certaine ; et il ne pouvait pas en être ainsi, car il n'eût servi à rien de dispenser la femme de l'inscription, si on lui imposait l'enregistrement : elle eût été à la merci de l'imprudence ou de la mauvaise volonté de son mari.[2]

Cette opinion est généralement repoussée, et l'on décide, à bon droit selon nous, que l'hypothèque ne prendra rang que du jour où les créances de la femme auront acquis date certaine. L'article 2135 déroge bien au droit commun en matière hypothécaire, en ce qu'il permet à la femme de faire valoir son hypothèque sans qu'elle ait pris inscription : mais, en déclarant que le droit de la femme n'existera que « du jour de l'obligation ou de la vente », il ne déroge point aux règles ordinaires des obligations, quant aux conditions d'opposabilité de l'acte aux tiers. Il laisse donc intacte la règle de l'article 1328, d'après lequel les actes ne sont opposables aux tiers que s'ils ont acquis date certaine ; et, comme

[1] Cassation, 6 juillet 1831, Sirey, 31, I, 307. — Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, texte et note 69, p. 241.

[2] Paris, 31 juillet 1847, Sirey, 47, II, 483 ; Orléans, 24 mai 1848, Sirey, 50, II, 146, et Dalloz, 48, II, 185 ; Amiens, 26 mars 1860, Sirey, 60, II, 124. — Colmet de Santerre, IX, n° 105 *bis* V. — *Adde* Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 593.

les créanciers hypothécaires sont des tiers par rapport à la femme qui invoque contre eux son hypothèque légale, ils peuvent se prévaloir de l'article 1328. Cette solution est d'ailleurs très désirable, car s'il en était autrement, les créanciers du mari, qui sont, eux aussi, très dignes d'intérêt, seraient à la merci de collusions possibles entre le mari et la femme pour faire fraude à leurs droits.[1]

848. — Si la créance de la femme, résultant de l'aliénation de ses propres ou d'obligations par elle contractées, n'est pas complètement prouvée, mais qu'elle soit rendue vraisemblable par un commencement de preuve par écrit contenu dans un acte ayant date certaine, celle-ci pourra-t-elle faire la preuve par témoins de la date de cette créance ?

La Cour de cassation a jugé l'affirmative : elle décide que les règles édictées par le Code civil sur la preuve des obligations sont applicables à la femme, lorsqu'elle veut exercer son hypothèque légale, et elle en conclut que, du moment où le commencement de preuve par écrit a une date certaine, la preuve testimoniale peut, en le complétant, fixer l'époque précise à laquelle la créance est née, et à laquelle l'hypothèque prendra rang.[2]

Cette solution a été critiquée,[3] et nous croyons que c'est

[1] Cassation, 5 avril 1851, Sirey, 51, I, 192, et Dalloz, 51, I, 14 ; Agen, 21 mars 1851, Sirey, 52, II, 24, et Dalloz, 51, II, 150 ; Rennes, 21 août 1851, Dalloz, 54, V, 425 ; Rouen, 24 mars 1852, Sirey, 52, II, 535, et Dalloz, 53, II, 143 ; Cassation, 15 mars 1859, Sirey, 59, I, 193, et Dalloz, 59, I, 105 ; Agen, 10 juin 1859, Sirey, 59, II, 341 ; Cassation, 13 août 1870, Dalloz, 70, I, 126 ; Bordeaux, 1er mars 1887, Sirey, 89, II, 131, et Dalloz, 88, II, 96. — Larombière, *Des Obligations,* IV, article 1328, nos 33-34 ; Demolombe, *Cours de Code civil,* XXIX, n° 355 ; Bonnier, *Des Preuves,* n° 697 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* texte et note 70, p. 241-242 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 761 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1487.

[2] Cassation, 1er mai 1893, Sirey, 94, I, 281 ; Dalloz, 94, I, 57 ; et *Pandectes françaises,* 95, I, 157. — *Compar.* Larombière, *Des Obligations,* VI, article 1328, n° 51.

[3] G. Appert, *Note,* Sirey, 94, I, 281 ; et Planiol, *Note,* Dalloz, 94, I, 57.

avec raison. Du moment où l'on reconnaît que la femme doit établir la créance d'où elle fait découler son hypothèque légale conformément à l'article 1328, elle ne fait pas sa preuve complète en prouvant, par acte ayant date certaine, *l'existence* de sa créance : il faut encore qu'elle prouve, de la même manière, l'époque à laquelle cette créance est née. La certitude de cette époque n'est pas moins essentielle pour les tiers que la certitude même de la créance ; que leur importe en effet que la créance ait existé réellement six mois plus tard, si elle n'existe pas à l'époque à laquelle la femme allègue qu'elle est née, et que le droit des tiers ait lui-même pris naissance dans l'intervalle entre la date apparente et la date réelle de la créance ? Le danger d'une collusion entre le mari et la femme est aussi grand, qu'il s'agisse de simulation ou d'antidate dans la créance de la femme, et la protection de la loi doit être la même. Aussi croyons-nous que la femme ne devra être admise à prouver ni par témoins ni par présomptions que sa créance a pris naissance à une époque antérieure à celle de l'acte invoqué à titre de commencement de preuve par écrit.

849. — Si le mari est tombé en faillite, et que les syndics aient admis sans contestation, lors de la vérification des créances, la créance à propos de laquelle la femme s'est obligée pour son mari, ils ont reconnu par là même que cette créance avait date certaine avant la faillite, et ils ne pourront plus ensuite contester que la femme ait une hypothèque antérieure aussi à la faillite. L'hypothèque de la femme ne peut être séparée de la créance qui lui a donné naissance, et, si la créance n'est pas contestée, comme elle a pour conséquence nécessaire une hypothèque au profit de la femme, par application des articles 1431 et 2121, cette hypothèque et le rang qu'elle doit avoir antérieurement à l'ouverture de la faillite sont déterminés par l'admission de la créance faite par les syndics.[1]

[1] Cassation, 15 mars 1859, Sirey, 59, I, 193, et Dalloz, 59, I, 105; Amiens, 26 mars 1860, Sirey, 60, II, 126 ; Cassation, 19 février

850. — L'article 2135 détermine la date de l'hypothèque de la femme non seulement sous le régime de la communauté, mais sous les autres régimes matrimoniaux : ce texte en effet ne fait pas de distinction, et parle de la femme mariée d'une manière générale ; et comme la loi ne s'occupe nulle part ailleurs du rang de l'hypothèque de la femme mariée, il est nécessaire de se référer dans tous les cas aux règles posées dans cet article.

C'est ainsi que, si la femme est mariée sous le régime de la séparation de biens, ou sous le régime dotal, et que le mari ait par le contrat de mariage l'administration d'une partie des biens apportés en mariage par la femme séparée, ou des biens paraphernaux de la femme dotale, l'hypothèque garantissant le recouvrement et la bonne administration de ces biens datera du jour du mariage. On est en effet dans l'hypothèse prévue par les premiers mots du second paragraphe de l'article 2135, il s'agit « de la dot et des « conventions matrimoniales » de la femme mariée. On a, il est vrai, essayé de soutenir que l'hypothèque ne devrait dater que du jour de la réception des capitaux par le mari ;[1] mais cette opinion, qui ne peut s'appuyer que sur la décision d'une loi romaine et qui est en contradiction avec la disposition précise de l'article 2135 que nous venons de rappeler, doit être écartée.[2]

851. — De même encore, la femme séparée de biens, ou la femme dotale qui sera créancière de son mari à raison de dettes contractées avec lui, ou à raison de la vente des biens paraphernaux par elle aliénés et dont le prix a été touché sans remploi par le mari, aura hypothèque « du

1862, Sirey, 62, I, 382, et Dalloz, 62, I, 127. — Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, texte et note 70, p. 241-242.

[1] Grenier, *Des Hypothèques*, I, n° 232 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 590.

[2] Cassation, 4 février 1868, Sirey, 68, I, 113, et Dalloz, 68, I, 57. — Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, texte et note 78, p. 245 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 772 ; Colmet de Santerre, IX, n° 105 *bis* III.

« jour de l'obligation ou de la vente », par application du paragraphe quatre de l'article 2135.[1]

S'il s'agit de créances ou d'effets mobiliers apportés en dot par une femme dotale, et dont le mari a disposé, l'hypothèque de la femme prendra rang du jour du mariage, car il s'agit « de la dot et des conventions matrimoniales ».[2]

Il en sera de même de la créance de la femme mariée sous le régime dotal ou sous le régime exclusif de communauté, à raison des fautes commises par le mari dans l'administration des biens de la femme. Le mari tient ses pouvoirs d'administrateur du contrat de mariage, et il s'agit donc, là encore, des « conventions matrimoniales » de l'article 2135.[3]

Enfin, si la créance de la femme est née à propos de biens provenant de l'exercice d'actions résolutoires ou rescisoires apportées par elle en mariage, c'est encore au jour du mariage que l'hypothèque devra remonter. Vainement on objecte que, pour les successions et donations échues à la femme, l'hypothèque ne date que du jour de l'ouverture des successions, ou du jour où les donations ont produit leur effet :[4] ici il ne s'agit pas d'un droit né pour la femme au cours du mariage, mais bien d'un droit qui existait pour elle au moment du mariage, qu'elle a apporté en dot, et dont le mari est par suite devenu responsable à partir du jour du mariage.[5]

[1] Toulouse, 7 avril 1829, Sirey, c. n., IX, II, 245 ; Montpellier, 13 décembre 1833, Sirey, 34, II, 359 ; Cassation, 27 avril 1852, Sirey, 52, I, 401 ; Paris, 7 mai 1853, Sirey, 53, II, 351.

[2] Paris, 9 février 1856, Sirey, 56, II, 368.

[3] Poitiers, 14 décembre 1830, Sirey, 31, II, 214 ; Cassation, 27 décembre 1859, Sirey, 61, I, 87, et Dalloz, 60, I, 105. — Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, texte et note 79, p. 245-246. — Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 775.

[4] Grenier, *Des Hypothèques*, I, n° 233 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 587.

[5] Duranton, XX, n° 22 *bis* ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, texte et note 72, p. 242 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, II n°, 777.

851 I. — L'hypothèque de la femme devrait encore prendre rang du jour du mariage dans l'hypothèse suivante, qui se présente trop souvent dans les pays de régime dotal : la femme dotale est autorisée à contracter un emprunt avec affectation hypothécaire sur ses biens dotaux, pour l'une des causes indiquées par l'article 1558. L'emprunt est contracté, puis les fonds détournés par le mari de leur destination et appliqués à ses besoins personnels. Le prêteur, non remboursé à l'échéance, exproprie les biens dotaux formant son gage : l'hypothèque légale qui appartiendra à la femme pour le remboursement de cette somme datera non du jour de la vente sur saisie de ses immeubles, mais du jour du mariage, car il y a eu de la part du mari violation de l'obligation née du contrat de mariage.[1]

852. — Si, au lieu de recevoir les sommes appartenant à la femme en vertu des pouvoirs qui lui sont donnés par le contrat de mariage, le mari les reçoit en exécution d'un mandat qu'elle lui confère au cours du mariage, ou bien encore s'il les reçoit sans mandat, en usurpant des pouvoirs dont la femme n'a pas entendu se dessaisir, l'hypothèque de celle-ci ne prendra rang que du jour où le mandat a été donné, dans la première hypothèse, et, dans la seconde, du jour où il a reçu les capitaux appartenant à la femme. Il est impossible de rattacher cette créance aux conventions matrimoniales, puisque le mari a agi en dehors du contrat de mariage, qui ne lui donnait aucun pouvoir d'administration, et peut-être même malgré le contrat de mariage, s'il s'est immiscé dans l'administration des biens de la femme malgré celle-ci : on ne peut donc appliquer le paragraphe deuxième de l'article 2135, et il y a lieu de raisonner par analogie du paragraphe troisième, au cas de successions ou de donations recueillies par la femme ; dans ces hypothèses comme dans celle que nous examinons, la créance de la femme contre le mari procède d'une cause née au

[1] Caen, 27 novembre 1896, *Recueil des Arrêts de Caen*, 96, p. 62.

cours du mariage, et l'hypothèque, qui n'est qu'un effet de la créance, ne peut précéder la cause.[1]

853. — Si la créance de la femme dotale a pour cause l'aliénation non plus de ses biens paraphernaux, mais de ses biens dotaux, la question de savoir quelle sera la date de l'hypothèque légale est très controversée.

Une opinion soutient que l'hypothèque n'aura rang que du jour de l'aliénation, à moins que le contrat de mariage ne donne au mari le droit d'aliéner seul les biens dotaux: dans cette hypothèse exceptionnelle, les partisans de cette opinion reconnaissent que l'hypothèque datera du jour du mariage, car c'est en vertu des pouvoirs à lui conférés dans le contrat de mariage que le mari a fait l'aliénation, et la femme peut invoquer les dispositions du deuxième alinéa de l'article 2135.[2]

Mais, si l'aliénation émane de la femme, soit que le contrat de mariage autorise cette aliénation sans aucune condition de remploi, soit qu'il ne l'autorise que moyennant remploi, l'hypothèque ne datera, d'après cette théorie, que du jour de l'aliénation.

On invoque, en faveur de ce système, les motifs suivants. L'article 2135 ne fait, dit-on, aucune distinction entre les divers régimes matrimoniaux; il s'occupe même du régime dotal dans l'alinéa troisième, lorsqu'il parle de « sommes « dotales », et il n'est pas probable que dans l'alinéa suivant il n'ait eu en vue que la femme mariée sous le régime de la communauté, d'autant plus que le mot « propres » qu'il emploie signifie, sous tous les régimes, les biens dont la femme s'est réservé la propriété, sous le régime dotal comme sous le régime de communauté.

[1] Cassation, 1er mai 1893, Sirey, 94, I, 281 ; Dalloz, 94, I, 57 ; et *Pandectes françaises,* 95, I, 157. — Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* p. 245 ; Colmet de Santerre, IX, n° 105 *bis* III.

[2] Cassation, 27 juillet 1826, Sirey, C. N., VIII, I, 401 ; Grenoble, 6 janvier 1831, Sirey, 32, II, 200. — Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* texte et note 77, p. 244-245.

De plus, si la rétroactivité de l'hypothèque légale au jour du mariage était admise pour l'aliénation des biens dotaux de la femme, le crédit du mari serait absolument anéanti, car les époux pourraient toujours rendre illusoires les garanties hypothécaires concédées par le mari, en aliénant les biens dotaux et en absorbant le prix des immeubles du mari au moyen de l'hypothèque de la femme.

Enfin on ajoute que l'économie générale de l'article 2135 commande cette solution : ce texte divise les créances de la femme en deux catégories, celles qui naissent des conventions matrimoniales, et qui prendront naissance au jour du mariage, et celles qui naissent de faits postérieurs et volontaires de la femme, acceptation de successions ou de donations, obligations ou aliénations consenties par la femme, et, dans ce dernier cas, l'hypothèque ne pourra remonter au delà du fait volontaire de la femme qui donne naissance à la créance : tel est aussi le cas de l'aliénation du bien dotal par la femme autorisée de son mari.[1]

Il en devra être ainsi, à plus forte raison, dit-on dans cette théorie, si les immeubles dotaux aliénés par la femme étaient inaliénables, et que la vente en ait été faite contrairement à la loi et aux prescriptions de son contrat de mariage.[2]

854. — Sans méconnaître la gravité des motifs donnés par l'opinion que nous venons d'exposer, nous croyons

[1] Caen, 7 juillet 1851, Sirey, 52, II, 92, et Dalloz, 52, II, 243 ; Agen, 10 juin 1859, Sirey, 59, II, 341 ; Caen, 29 novembre 1872, Sirey, 73, II, 134, et Dalloz, 74, II, 107 ; Tribunal d'Orange, 17 février 1891, Dalloz, 92, II, 612. — Duranton, XX, n° 31 ; Massé, *Note,* Sirey, 1854, I, 11 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* texte et note 74, p. 242-244 ; Colmet de Santerre, IX, n° 105 *bis* VI ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 227 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1488.

[2] Agen, 10 juin 1859, Dalloz, Suppl., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 489. — Aubry et Rau et Thézard, *Op. et Loc. citat.* — *Adde,* pour cette hypothèse particulière, Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 770.

qu'elle doit être repoussée, et que l'hypothèque de la femme dotale doit prendre rang du jour du mariage, et non du jour où les immeubles dotaux ont été aliénés.

Lorsque les époux sont mariés sous le régime dotal, la dot est apportée au mari à la condition qu'elle ne soit aliénée ni par lui, ni par la femme de lui autorisée, ou qu'elle ne soit aliénée que moyennant remploi ; et si le mari aliène ou autorise l'aliénation de la dot sans effectuer le remploi, il viole les conventions matrimoniales : la créance qui existe alors pour la femme, si elle opte pour l'action en indemnité contre le mari, naît donc « à raison de sa dot et de ses con- « ventions matrimoniales », et le rang de son hypothèque est fixé par l'alinéa premier de l'article 2135 au jour du mariage.

Quant à l'alinéa troisième, qui a trait « au remploi des « *propres* aliénés », nous croyons que les termes qu'il emploie excluent toute application de ce texte au régime dotal : « les « propres » de la femme sont les biens à elle appartenant qui n'entrent pas dans la communauté. Le mot « propres », dans la terminologie du contrat de mariage, est opposé aux mots « biens communs », et le Code ne l'emploie nulle part pour désigner les biens dotaux.

Cette différence peut s'expliquer par les garanties exceptionnelles dont la loi a entouré le régime dotal : le bien dotal est remis au mari avec l'obligation rigoureuse de le conserver, tandis qu'il n'a aucune obligation de ce genre pour les biens propres de la femme mariée sous le régime de la communauté. On conçoit dès lors que l'hypothèque de la femme dotale grève les biens du mari dans ce but dès le jour du mariage, quels que puissent être les inconvénients de ce système pour le crédit du mari de la femme dotale, crédit dont les lois sur le régime dotal ont peu de souci.[1]

[1] Toulouse, 12 juin 1860, Sirey, 60, II, 545, et Dalloz, 61, II, 35 ; Cassation, 16 mai 1865, Sirey, 65, I, 345, et Dalloz, 65, I, 265 ; Riom, 16 juin 1877, Sirey, 78, II, 295, et Dalloz, 78, II, 150 ; Nîmes, 28 janvier 1879, Sirey, 79, II, 263, et Dalloz, 80, II, 127 ; Tribunal de Riom, 13 août 1886, *Pandectes françaises*, 87, II, 421 ;

Il ne peut d'ailleurs être admis, à notre avis, aucune distinction suivant que l'aliénation est faite en vertu du contrat de mariage ou contrairement à ce contrat : dans tous les cas elle constitue une violation des règles du régime dotal, qui ne permet l'aliénation de la dot que moyennant remploi. Toute aliénation fût-elle prohibée, le mari n'en a pas moins la garde de la dot, et sa situation ne peut pas être améliorée parce qu'il a violé, ou permis de violer plus audacieusement les lois ou la convention protectrices de la dot.[1]

855. — Quelle date doit-on assigner à l'hypothèque légale de la femme pour les frais de la séparation de biens qu'elle a fait prononcer à son profit ?

Le jour du mariage, d'après une première opinion : le droit de demander la séparation de biens est un droit inhérent à la qualité de femme mariée, dont le principe remonte, dit-on, à la date du mariage et qui fait partie des droits et conventions matrimoniales, protégés à partir de cette date par l'hypothèque légale.[2]

Le jour où la demande en séparation de biens a été formée, d'après une autre théorie : ces frais sont une conséquence de la demande, et ils doivent, comme les intérêts des sommes dont la restitution est demandée, prendre rang au jour où la demande a été introduite.[3]

Enfin un troisième système, qui nous paraît préférable, considère les frais de la demande en séparation de biens

Toulouse, 18 novembre 1889, Dalloz, 90, II, 199 ; Montpellier, 15 février 1890, *Pandectes françaises,* 90, II, 203 ; Tribunal d'Orange, 17 février 1891, Dalloz, 92, II, 612, et *Pandectes françaises,* 91, II, 294 ; Cassation, 10 février 1892, Sirey, 92, I, 181, et Dalloz, 92, I, 118 ; Pau, 31 mai 1893, Dalloz, 95, II, 10 ; Tribunal de Bernay, 24 avril 1894, *Pandectes françaises,* 94, II, 308 ; Cassation, 17 mars 1896, Dalloz, 97, I, 443. — Benech, *De l'Emploi et du Remploi,* p. 219 et 250 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 589 *bis* ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 767.

[1] Cassation, *Arrêt précité* du 10 février 1892.

[2] Paris, 28 juillet 1853, Sirey, 54, II, 303.

[3] Chambéry, 1er mai 1874, Sirey, 75, II, 257.

comme un accessoire des créances dont la femme séparée va obtenir le paiement contre son mari et les colloque au même rang que ces créances ; et si, comme il arrive le plus souvent, l'hypothèque à raison de ces créances remonte à diverses dates, les frais de la demande en séparation de biens seront colloqués proportionnellement au rang de ces diverses créances. Le but de la demande en séparation de biens est de sauver la dot et les reprises de la femme : les frais faits pour arriver à ce but doivent donc être traités de la même manière que les créances dont ils assurent le recouvrement et être colloqués au même rang.[1]

856. — Nous retrouvons une controverse pour les frais de la demande de séparation de corps ou de divorce.

Pour les uns, on doit les assimiler aux frais de la demande en séparation de biens et les colloquer au même rang. Le divorce ou la séparation de corps ont pour résultat, comme la séparation de biens principale, de restituer à la femme sa dot et ses biens de toute nature, et les frais de ces diverses demandes doivent être placés sur la même ligne, puisqu'ils ont pour résultat commun la remise à la femme de ses biens.[2]

Pour les autres, la date de l'hypothèque sera le jour de la demande en séparation ou en divorce, opinion que nous venons déjà de rencontrer à propos des frais de la demande en séparation de biens.[3]

En ce qui nous concerne, nous croyons que le rang de l'hypothèque légale pour cette cause doit être fixé au jour du mariage.

Le point de départ de notre théorie est le suivant : toute créance de la femme contre le mari, née à raison du ma-

[1] Cassation, 4 février 1868, Sirey, 68, I, 113, et Dalloz, 68, I, 57 ; Grenoble, 6 juillet 1882, Sirey, 84, II, 209 ; Cassation, 10 février 1892, Dalloz, 92, I, 118. — Labbé, *Note,* Sirey, 1875, II, 257 ; Colmet de Santerre, IX, n° 115 *bis* XV.

[2] Bordeaux, 22 mars 1889, Sirey, 90, II, 52, et Dalloz, 89, II, 280.

[3] Tribunal de Nontron, 20 décembre 1888, Sirey, 90, II, 52.

riage, est protégée par l'hypothèque légale que l'article 2121 accorde à la femme d'une manière générale, pour tous les droits qu'elle peut avoir à exercer contre son mari, comme nous l'avons dit en étudiant les causes de l'hypothèque légale de la femme. Elle doit donc avoir une hypothèque pour les frais de la demande en séparation ou en divorce comme pour toute autre créance.

Cela étant, la base de cette créance est dans les fautes commises par le mari dans la violation par celui-ci des devoirs que le mariage lui imposait. Il est donc à la fois juridique et équitable de faire remonter cette créance à la date du mariage dont les obligations n'ont pas été respectées par le mari, de même que, lorsqu'il s'agit des biens, on fait remonter à la même date les fautes d'administration commises par le mari, au cours du mariage, dans la gestion que le contrat de mariage lui donnait des biens de la femme.

On ne peut d'ailleurs mettre ces frais sur la même ligne que ceux de la séparation de biens, car le but de la demande de la femme est tout à fait étranger à son patrimoine, et si ses biens lui sont restitués, c'est comme conséquence de l'état nouveau dans lequel elle va vivre, et non parce que sa dot était en péril. Il faut donc traiter la créance dont nous nous occupons d'après son caractère propre, et c'est ce qui nous détermine à lui assigner comme point de départ le jour du mariage.[1]

857. — La créance de la femme résultant de la pension alimentaire qui lui aura été accordée au cas de séparation de corps, ou de divorce dans le cas exceptionnel de l'article 301, sera aussi protégée par une hypothèque légale datant du jour du mariage. La raison de décider est la même que pour les frais de la demande de séparation ou de divorce : la condamnation du mari à une pension prend sa source dans les devoirs que le mariage lui impose et auxquels il s'est soumis au moment même du mariage, et c'est à cette

[1] Paris, 28 juillet 1853, Sirey, 54, II, 303, et Dalloz, 55, II, 64 ; Montpellier, 16 novembre 1889, Dalloz, 90, II, 171.

date que remonte l'obligation éventuelle de fournir à la femme la pension que celle-ci a obtenue.[1]

858. — Si la femme est créancière de son mari à raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales et qu'elle ait été colloquée par suite sur le prix des immeubles du mari à la date du mariage, mais que sa collocation ait profité à un créancier du mari qu'elle avait subrogé à ses droits, et qui a obtenu une collocation en sous-ordre, elle demeurera créancière contre son mari à raison de l'obligation qu'elle a contractée pour lui. Mais l'hypothèque garantissant cette créance ne datera que du jour de l'obligation qu'elle a contractée ; c'est l'application de l'alinéa quatrième de l'article 2135, car il s'agit désormais « de l'indemnité d'une dette « contractée avec son mari », et non du paiement de sa dot, pour lequel elle a obtenu une collocation.[2]

§ VI

Des modes d'extinction de l'hypothèque légale de la femme.

859. — Ces modes d'extinction ne vont pas nous arrêter longtemps, en ce moment du moins.

De ces modes en effet les uns n'ont rien de spécial à l'hypothèque de la femme, mais s'appliquent à toutes les hypothèques en général : nous nous occuperons de ces modes dans la quatrième partie de ce *Traité*, consacrée à *L'extinction des privilèges et hypothèques*.

Les autres, très importants, résultent de la cession ou de la subrogation à l'hypothèque de la femme, dans les cas où la loi permet cette cession ou cette subrogation : nous traiterons cette matière importante dans la troisième partie de

[1] Montpellier, 16 novembre 1889, Dalloz, 90, II, 171 ; Dijon, 4 juin 1894, Dalloz, 94, II, 25, et *Pandectes françaises*, 95, II, 78.

[2] Bourges, 30 juillet 1855, Sirey, 55, II, 586. — Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, texte et note 80, p. 246.

ce *Traité*, en examinant les effets, et par suite les modes de transmission des privilèges et des hypothèques.

Nous allons donc nous borner à dire quelques mots d'une cause d'extinction particulière à l'hypothèque de la femme, la novation résultant de la liquidation de ses reprises.

860. — Lorsque les reprises de la femme sont liquidées, sur la demande des héritiers de celle-ci, et que les biens et valeurs appartenant à la femme restent ensuite aux mains du mari à un titre nouveau, à raison de ce qu'il est usufruitier de la fortune de celle-ci, il s'opère une novation dans la créance. Le mari n'est plus débiteur comme mari, il est débiteur comme usufruitier, et à ce titre il ne peut être soumis qu'à fournir caution, si le titre constitutif de son usufruit ne l'en dispense pas; mais ses biens ne sont frappés d'aucune hypothèque. Quant à l'hypothèque qui grevait ses biens en qualité de mari, elle est éteinte par la novation, c'est-à-dire par l'extinction de la créance qu'elle garantissait.[1]

Il n'y aurait d'exception à cette règle que si, dans la liquidation des droits et reprises de la femme, les héritiers de celle-ci avaient fait réserve de l'hypothèque légale existant à leur profit. Cette réserve, autorisée dans la novation en général par l'article 1278, aura pour effet de conserver sur les biens du mari les effets de l'hypothèque : c'est ce que la

[1] Cassation, 3 décembre 1834, Sirey, 35, I, 51 ; Paris, 15 janvier 1836, Sirey, 36, II, 158 ; Cassation, 15 novembre 1837, Sirey, 38, I, 124 ; Paris, 9 mars 1844, Sirey, 44, II, 497 ; Douai, 4 mai 1846, Sirey, 46, II, 470 ; Grenoble, 4 janvier 1854, Sirey, 54, II, 741, et Dalloz, 54, II, 137 ; Bourges, 6 mars 1855, Sirey, 55, II, 353, et Dalloz, 55, II, 300 ; Paris, 7 avril 1858, Dalloz, 81, II, 21, en note ; Cassation, 27 juin 1876, Dalloz, 77, I, 121 ; Limoges, 28 février 1879, Dalloz, 80, II, 126 ; Tribunal de Boulogne, 13 juin 1890, Dalloz, 92, III, 6. — Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, texte et note 83, p. 247 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 441. — *Voir toutefois*, pour le cas où il n'y a pas eu de liquidation, Toulouse, 14 février 1879, Dalloz, 80, II, 12 ; Lyon, 1er décembre 1880, Dalloz, 81, II, 21 ; Tribunal d'Orange, 12 juillet 1890, Dalloz, 93, II, 276.

Cour de cassation a décidé, en déclarant que « la conséquence de cette stipulation, qui n'a rien d'illicite, est le « maintien de l'hypothèque légale qui a grevé jusque là les « biens du mari ».[1]

860 I. — L'hypothèque légale de la femme ne s'éteint ni par la séparation de biens, ni même par la séparation de corps : la raison en est, d'abord, que ces deux situations peuvent ne pas être définitives, la séparation de corps cessant par la réconciliation des époux, et la séparation de biens, soit principale, soit accessoire, par le rétablissement de la communauté dans les termes de l'article 1451. A ce premier point de vue, l'hypothèque ne peut donc être éteinte, car elle sera nécessaire pour protéger les droits de la femme redevenue commune en biens.

Puis, comme nous l'avons dit,[2] l'hypothèque de la femme garantit les gains de survie qui lui sont attribués, et, à ce point de vue encore, elle doit survivre à la séparation de corps ou de biens.

Mais ici naît une question, que nous nous bornons à indiquer, et que nous traiterons dans la troisième partie de ce *Traité*, en nous occupant *De l'inscription des privilèges et hypothèques :* la femme séparée, qui n'a aucune reprise actuelle et à laquelle son contrat n'assure aucun avantage éventuel, peut-elle néanmoins inscrire son hypothèque légale ?[3]

[1] Cassation, 27 novembre 1855, Sirey, 56, I, 534, et Dalloz, 56, I, 25. — Aubry et Rau, *Op. et Loc citat.,* note 84. — *Voir* toutefois Pont, *Op. et Loc. citat.*

[2] *Suprà*, Tome II, n°s 766-776.

[3] Dans le sens de la négative, Nancy, 22 mai 1869, Sirey, 69, II, 225, et Dalloz, 69, II, 201 ; Bordeaux, 22 juillet 1869, Sirey, 70, II, 80, et Dalloz, 71, II, 89. — Et, dans le sens de l'affirmative, Lyon-Caen, *Note,* Sirey, 1879, I, 49.

SECTION III

De l'hypothèque légale établie au profit de certaines personnes morales.

861. — Aux termes de l'article 2121, il existe une hypothèque légale pour garantir « les droits et créances de « l'Etat, des communes et des établissements publics sur « les biens des receveurs et administrateurs comptables ».

Cette hypothèque a son origine dans notre ancien droit, où nous trouvons plusieurs actes législatifs créant au profit du roi une hypothèque, et même, pour certains immeubles, un privilège sur les biens immobiliers des comptables. Nous citerons notamment l'Édit d'août 1669, portant règlement « *touchant l'hypothèque du roi sur les biens des officiers* « *comptables* ». Les articles 3 et 4 sont ainsi conçus :

Article 3. — « Nous entendons aussi avoir privilège sur le « prix des immeubles acquis depuis le maniement de nos « deniers, néanmoins après le vendeur et celui dont les « deniers auront été employés dans l'acquisition... »

Article 4. — « Sur les immeubles acquis avant le manie- « ment de nos deniers, nous aurons hypothèque du jour « des provisions des offices comptables, des baux de nos « fermes, ou des traités et des commissions... »[1]

Quelles personnes devaient être considérées comme « offi-

[1] Jourdan, Decrusy et Isambert, *Recueil des anciennes Lois françaises,* XVIII, p. 330.

« ciers comptables » dans le sens des Ordonnances? Ferrière va nous le dire :

« *Comptables, financiers* ou *gens d'affaires* sont ceux qui « manient ou qui ont manié les deniers publics ou ceux « du roi. »[1]

862. — Le Code civil accorde sur les immeubles des comptables, comme notre ancien droit, un privilège et une hypothèque légale. Le privilège n'existe que sur les immeubles des comptables des deniers de l'État, tandis que l'hypothèque légale atteint, comme nous allons le dire, les divers comptables de deniers publics.

Le privilège est établi par la loi du 5 septembre 1807, que nous avons étudiée,[2] et nous rappelons qu'il grève les immeubles acquis par les comptables, postérieurement à leur nomination, et par leurs femmes même séparées, à moins qu'elles ne justifient que l'acquisition est faite de leurs deniers. D'ailleurs, ce privilège doit être inscrit dans les deux mois de l'acquisition.

Quant à l'hypothèque légale dont nous nous occupons, elle atteint tous les immeubles présents et à venir des comptables, conformément à la règle générale de l'article 2122 pour les hypothèques légales. Mais, à la différence de l'hypothèque des mineurs et interdits, et de celle des femmes mariées, l'hypothèque sur les biens des comptables doit être inscrite : on a craint l'impopularité d'une hypothèque occulte au profit de l'Etat et des établissements publics.[3]

Ainsi limitée, l'hypothèque de l'Etat, des communes et des établissements publics est facile à justifier : ces différentes personnes morales sont à juste titre considérées comme ne pouvant se défendre contre la malhonnêteté ou l'incapacité de ceux qui détiennent leur patrimoine, et la loi vient à leur secours en leur donnant une hypothèque lé-

[1] Dict. de droit et de pratique, V° *Comptables*.

[2] *Suprà*, Tome II, n°s 586-596.

[3] Grenier, *Des Hypothèques*, I, n° 286 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 431.

gale, comme elle le fait pour les incapables du droit civil.

863. — L'article 2121 n'indique comme jouissant de l'hypothèque légale que l'Etat, les communes et les établissements publics.

A cette nomenclature il faut ajouter les départements, ainsi qu'il résulte de l'article 1er du décret sur la comptabilité publique du 31 mai 1862, aux termes duquel « les « deniers publics sont les deniers de l'Etat, *des départe-* « *ments*, des communes et des établissements publics ou « de bienfaisance ».

Il faut y ajouter encore les fabriques des églises catholiques, les conseils presbytéraux, les consistoires et les communautés israélites. Avant l'année 1893, l'opinion la plus répandue refusait à ces établissements l'hypothèque légale, par la raison que leurs comptables n'étaient pas soumis à la juridiction de la Cour des comptes, et que leurs deniers n'étaient pas des deniers publics.[1] Mais, le 27 mars 1893, trois décrets relatifs, le premier aux fabriques des églises catholiques, le second aux conseils presbytéraux et aux consistoires protestants, le troisième aux consistoires et communautés israélites, ont étendu à ces établissements le bénéfice de l'hypothèque légale de l'article 2121. L'article 17 du décret relatif aux fabriques, littéralement reproduit par l'article 26 du décret relatif aux conseils presbytéraux, et par l'article 25 de celui relatif aux communautés israélites, est ainsi conçu :

« L'hypothèque légale n'est inscrite sur les biens des « comptables de deniers des fabriques que si cette inscrip- « tion est autorisée par une décision spéciale du juge de « leurs comptes, et seulement dans les cas de gestion oc-

[1] Tribunal de Langres, 19 mars 1864, Sirey, 64, II, 306. — Aubry et Rau, III, § 264 *quater*, texte et note 5, p. 248-249 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 505 ; Laurent, XXX, n° 420 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques*, n° 122. — *Contrà*, Cour de cassation du Luxembourg, 17 décembre 1889, Sirey, 90, IV, 30 ; Dalloz, 90, II, 273, et *Note* de Planiol ; et *Pandectes françaises*, 91, V, 37.

« culte, condamnations à l'amende pour retard dans la pré-
« sentation des comptes, malversations, débets avoués ou
« résultant du jugement des comptes. Cette hypothèque est
« inscrite conformément aux dispositions des articles 2121
« et 2122 du Code civil, sur tous les biens présents et à
« venir de ces comptables et sous réserve du droit du juge
« des comptes de prononcer sur les demandes en réduction
« et translation formées par ses justiciables. »

864. — Les « établissements publics » que vise l'article 2121 sont les établissements fondés par l'Etat, les départements ou les communes dans un but d'utilité publique et dont la comptabilité est soumise aux règles de la comptabilité publique. Tels sont les hôpitaux, les bureaux de bienfaisance, les monts-de-piété. Il en est de même de l'Université de France, d'après les dispositions formelles de l'article 155 du décret du 15 novembre 1811.

Mais il importe de ne pas confondre avec les « établisse-
« ments publics », pour lesquels la loi crée une hypothèque légale, les établissements *d'utilité publique*, qui sont, eux aussi, des personnes morales : mais ce sont des personnes morales d'ordre privé, dont l'existence est autorisée, mais qui n'ont pas le caractère d'établissements publics et par suite n'ont pas droit au bénéfice de l'hypothèque légale.

Il en est ainsi notamment des sociétés de secours mutuels et des caisses d'épargne.

On a, il est vrai, soutenu le contraire en ce qui concerne les caisses d'épargne, en se fondant sur les dispositions de la loi du 5 juin 1835, qui exige l'autorisation du gouvernement pour la fondation des caisses d'épargne et les assimile aux établissements publics pour la réception des dons et legs. On invoque encore les lois des 22 et 30 juin 1851, et le règlement d'administration publique du 15 avril 1852, qui, en organisant la gestion des caisses d'épargne et la responsabilité de leurs caissiers, les traitent comme des établissements publics.[1]

[1] Amiens, 22 mars 1855, Sirey, 55, II, 319, et Dalloz, 55, II, 306. — Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 505.

Cette théorie n'a pas réussi et en effet elle ne devait pas réussir, car elle repose sur une confusion entre les établissements *d'utilité publique* et les établissements *publics*. Les caisses d'épargne sont fondées dans l'intérêt général, et c'est ce qui explique que des lois soient intervenues pour régler leur mode d'autorisation, les avantages dont elles doivent jouir et la surveillance à laquelle elles sont soumises. Mais ces différentes mesures de protection ne leur ont point donné le caractère d'établissements publics : le gouvernement ou l'administration n'interviennent pas directement dans leur gestion ; elles s'administrent d'une façon indépendante, d'après leurs statuts particuliers, nomment et révoquent leurs agents, et règlent comme bon leur semble leur budget. Elles ne sont donc en réalité que des établissements privés, créés dans un intérêt public, et auxquels sont applicables non les règles des établissements publics, mais les principes de droit commun.[1]

865. — En dehors des fabriques, pour lesquelles, ainsi que nous l'avons vu, le décret du 27 mars 1893 a étendu l'hypothèque légale, les établissements ecclésiastiques, chapitres cathédraux ou collégiaux, grands séminaires, etc..., n'y ont pas droit. Leurs trésoriers sont en général, et sauf pour les grands séminaires, nommés pas l'autorité ecclésiastique, et non par le gouvernement ; et dans tous les cas ces trésoriers ne sont point soumis à la juridiction administrative de laquelle relèvent tous les comptables de deniers publics.[2]

[1] Paris, 17 mars 1854, Sirey, 55, II, 564, et Dalloz, 54, II, 107 ; Caen, 18 mai 1854, Sirey, 55, II, 697, et Dalloz, 54, II, 564 ; Cassation, 5 mars 1856, Sirey, 56, I, 517, et Dalloz, 56, I, 121 ; Cassation, 8 juillet 1856, Sirey, 56, I, 878, et Dalloz, 56, I, 278. — Lamache, *Revue critique,* 1861, p. 385 et suiv. ; Aubry et Rau, III, § 264 *quater,* texte et note 4, p. 248 ; Laurent, XXX, n° 419 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 122 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1211.

[2] Aubry et Rau, III, § 264 *ter,* texte et note 5, p. 248-249.

866. — Lorsqu'il s'agit d'un établissement public, les seuls fonctionnaires dont les biens soient grevés de l'hypothèque légale sont, aux termes de l'article 2121, les « receveurs et administrateurs comptables ». Ces expressions comprennent tous les employés qui, à un titre quelconque, ont le maniement et la gestion des deniers de l'établissement auquel ils appartiennent, receveurs, caissiers, payeurs, etc.

Mais elles excluent, d'un côté, tous ceux dont le rôle se borne à ordonner ou à contrôler les dépenses et les recettes, ordonnateurs, inspecteurs, vérificateurs, contrôleurs ; et, de l'autre, les comptables *en matière*, la loi ne s'étant préoccupée que des comptables *en deniers*.[1]

Quant aux percepteurs, il s'élève pour eux la même controverse que nous avons vue à propos du privilège établi au profit du Trésor par l'article 2098 et la loi du 5 septembre 1807 ;[2] et les mêmes motifs qui nous ont fait accorder le privilège doivent faire reconnaître l'existence sur leurs immeubles d'une hypothèque légale.[3]

867. — Les personnes déclarées comptables occultes des deniers de l'Etat, des départements, des communes ou des établissements publics sont-elles soumises à l'hypothèque légale ?

Non, d'après une opinion, car il n'y a d'hypothèque que dans les cas prévus par la loi, et l'article 2121 ne vise que « les receveurs et administrateurs comptables », c'est-à-dire ceux qui ont un titre officiel à la gestion des deniers publics.[4]

[1] Merlin, Répert., V° *Hypothèques*, sect. II, n° 3, art. 4, n° 4 ; Grenier, *Des Hypothèques*, I, n° 287 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 430 ; Aubry et Rau, III, § 264 *qurter*, texte et notes 7 et 8, p. 249 ; Colmet de Santerre, IX, n° 83 *bis* II.

[2] *Suprà*, Tome II, n° 590.

[3] *Contrà*, Décision du Ministre des Finances, du 21 mars 1809, et Instruction du Directeur des Domaines, du 22 juillet 1809 (Dalloz, 1886, I, 9, *Note*).

[4] Bugnet, sur Pothier, *De l'Hypothèque*, n° 22, *Note* 1.

L'opinion contraire doit, à notre avis, être préférée. Elle était déjà admise dans notre ancien droit :

« Quand même les administrateurs des biens des mineurs, « d'église, de communauté ou de chose publique, dit Pothier, « n'auraient pas eu une vraie qualité pour les administrer, « et qu'ils se seraient portés pour tuteurs et administrateurs « sans l'être véritablement, l'hypothèque ne laisserait pas « d'avoir lieu sur leurs biens, du jour qu'ils auraient com- « mencé de s'ingérer dans leur administration ; *ces faux « administrateurs ne devant pas être de meilleure condition « que les véritables.* »[1]

Indépendamment de l'excellent motif donné par Pothier, que « les faux administrateurs ne peuvent pas être de meil- « leure condition que les véritables », on peut ajouter un argument tiré de l'article 25 du décret du 31 mai 1862 sur la comptabilité publique. D'après ce texte, toute personne autre que le comptable qui se sera ingérée dans le maniement des deniers publics est, par ce seul fait, « constituée « comptable », et l'article ajoute :

« Les gestions occultes sont soumises aux mêmes juri- « dictions et entraînent la même responsabilité que les « gestions patentes et régulièrement décrites. »

Le comptable occulte est donc, et avec raison, placé sur la même ligne que le comptable régulier, et il en résulte que l'hypothèque légale doit également grever les biens de l'un et de l'autre.[2]

868. — A l'hypothèque légale sur les biens des comptables de l'article 2121 il faut ajouter celle que l'article 23 du titre XIII de la loi du 6 août 1791 crée sur les immeubles des redevables de la régie des douanes, pour le paiement du montant de leurs soumissions. Ce texte, qui d'après M. Valette aurait été abrogé par l'article 56 de la loi du 11 Brumaire an VII,[3] doit au contraire être considéré comme

[1] *De l'Hypothèque,* n° 22.

[2] Bordeaux, 1er juillet 1890, Sirey, 92, II, 33. — Swarte, *De la Comptabilité occulte,* n° 78.

[3] *Revue de droit français et étranger,* 1847, p. 841.

toujours en vigueur, par les motifs qu'en ont très bien donné MM. Aubry et Rau :[1] il crée une hypothèque légale, non une hypothèque conventionnelle qui serait attachée à la forme authentique des soumissions, et il ne peut dès lors être atteint par l'abrogation des hypothèques conventionnelles dérivant de la forme des actes. D'un autre côté, comme la loi du 6 août 1791 constitue une loi spéciale aux droits de la régie des douanes, cette loi n'a été abrogée ni par la loi générale du 11 Brumaire an VII, ni par le Code civil.[2]

[1] III, § 264 *quater*, texte et note 10, p. 250.

[2] *Compar.* Cassation, 14 novembre 1893, *Pandectes françaises*, 94, I, 524.

CHAPITRE II

DES HYPOTHÈQUES JUDICIAIRES.

869. — « On ne trouve point chez les Romains d'hypo-« thèque *générale* découlant de plein droit d'un jugement « de condamnation au profit du créancier qui a obtenu gain « de cause. » C'est par cette affirmation que débute M. Valette, dans sa remarquable étude sur *L'hypothèque judiciaire,*[1] et cette opinion est aujourd'hui unanimement adoptée.

Pour venir en aide aux créanciers et empêcher la disparition du patrimoine du débiteur dont ils ont suivi la foi, les jurisconsultes romains avaient organisé deux moyens, mais qui, ni l'un ni l'autre, ne ressemblent à notre hypothèque judiciaire, le *pignus prætorium* et le *pignus ex causâ judicati captum.*

Le *pignus prætorium* faisait partie d'une organisation que l'on a justement comparée à celle de la faillite moderne. Les créanciers étaient envoyés par le juge en possession des biens de leur débiteur, et, après cette *missio in bona*, les biens étaient vendus par subhastation. La *missio in bona* dessaisissait le débiteur, dont le patrimoine formait désor-

[1] *Revue de droit français et étranger,* 1849, p. 912-927, et 972-994, et *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation,* I, p. 354 et suiv.

mais le gage des créanciers, d'où le nom de *pignus prætorium* donné au droit des créanciers.[1]

Le *pignus ex causâ judicati captum* ressemblait à notre procédure de saisie. Lorsqu'un débiteur avait été condamné, un officier public, désigné par le magistrat qui avait rendu le jugement de condamnation, sommait le débiteur de payer, et saisissait ses biens meubles, et, en cas d'insuffisance, ses immeubles comme gage du paiement de la créance, d'où le nom de *pignus* donné au droit du créancier. S'il ne se libérait pas dans un délai déterminé, les biens saisis étaient vendus par cet officier public.[2]

Comme on le voit, ni l'une ni l'autre de ces deux institutions ne ressemble à l'hypothèque judiciaire, en ce que surtout ni l'une ni l'autre ne donne au créancier qui a obtenu le *pignus prætorium* ou le *pignus ex causâ judicati captum* de droit de préférence sur l'ensemble du patrimoine : une dépossession au profit de tous les créanciers dans le premier cas, et, dans le second, un droit de saisie et de vente, voilà à quoi se réduisent les procédés fournis par le droit romain pour garantir les créanciers.

870. — C'est dans notre ancien droit et probablement vers la fin du XVe siècle ou au commencement du XVIe siècle qu'apparut l'hypothèque judiciaire, qui n'existait pas auparavant.

« Par la disposition de droit, dit Brodeau, une sentence « n'emporte et ne produit point d'hypothèque, mais donne « seulement *actionem utilem in factum, vel ex judicato*, qui « est personnelle. »[3]

Mais déjà l'article 78 de l'ancienne coutume de Paris, rédigée en 1510, contenait la disposition suivante :

« Une cédule privée, qui porte promesse de payer, em-

[1] L. 26, *Princ.*, D., *De pigneratit. act.* (XIII, 7) ; L. 35, D., *De reb. auctor. judic.* (XLII, 5).

[2] L. 40 et 61, D., *De re judicatâ* (XLII, 1) ; L. 9, *Princ.*, D., *De minorib.* (IV, 4) ; L. 10, D., *Qui potior. in pign.* (XX, 4).

[3] Sur Louët, LETTRE H, *Sommaire* XXV, n° 2.

« porte hypothèque du jour de la confession d'icelle faite « en jugement. »

L'ordonnance de Villers-Cotterets, d'août 1539, fait de cet usage une disposition législative, dans ses articles 92 et 93, qui reproduisent la règle de l'article 78 : toutefois, dans cette première période, l'hypothèque n'est pas attachée aux jugements de condamnation, mais seulement à la reconnaissance faite par jugement d'une obligation antérieure. C'est, comme le fait remarquer avec raison M. Valette, une disposition analogue à celle qui, à cette époque, attachait une hypothèque générale à toute obligation constatée dans un acte notarié.

C'est l'ordonnance de Moulins, d'août 1566, qui créa l'hypothèque judiciaire comme elle est pratiquée aujourd'hui en France, c'est-à-dire l'hypothèque générale attachée à tout jugement de condamnation. L'article 53 de cette ordonnance s'exprimait ainsi :

« Dès lors et à l'instant de la condamnation donnée en « dernier ressort, et du jour de la prononciation, sera ac- « quis à la partie droit d'hypothèque sur les biens du con- « damné, pour l'effet et exécution du jugement ou arrêt « sur lui obtenu. »

871. — Maintenue par la loi du 9 Messidor an III avec les caractères et l'étendue qu'elle avait dans l'ancien droit, l'hypothèque judiciaire reçut dans la loi du 11 Brumaire an VII une double atteinte. Elle fut attachée, comme auparavant, aux reconnaissances de titres faites en justice et aux jugements de condamnation, mais elle dut être inscrite, d'après le principe de publicité nouveau inauguré par cette loi pour toutes les hypothèques ; et, d'un autre côté, au lieu de porter sur tous les biens présents et à venir du débiteur, elle fut restreinte « aux biens lui appartenant lors du juge- « ment », d'après les termes de l'article 4.

872. — L'hypothèque judiciaire a été admise sans difficulté lors de la rédaction du Code civil, mais on doit reconnaître que les motifs donnés pour en justifier l'existence n'ont pas beaucoup de force.

« On obtient, dit M. Treilhard, des condamnations con-
« tre un citoyen ; les jugements ont un caractère qui ne
« permet pas de leur accorder moins d'effet qu'à des con-
« trats authentiques : voilà l'hypothèque judiciaire. »[1]

Comme les contrats authentiques ne produisent plus d'hypothèque dans le système du Code, la raison donnée par M. Treilhard est loin d'être bonne.

Le tribun Grenier, en paraissant faire reposer la légitimité de l'hypothèque judiciaire sur le même motif que M. Treilhard, essaie d'en justifier l'étendue par le motif suivant :

« Elle est plus gênante pour le débiteur, dit-il, que l'hy-
« pothèque conventionnelle ou spéciale. Mais pourquoi ?
« C'est qu'il a à s'imputer de n'avoir pas satisfait à un en-
« gagement qui a pu naître sans convention, ou de l'avoir
« contracté par un acte sous signature privée, qui, étant
« devenu authentique par la reconnaissance ou par un juge-
« ment de condamnation, a produit une hypothèque de
« cette nature. Le créancier a dû compter sur l'acquitte-
« ment de sa créance, et il n'a pu seul, et sans une con-
« vention à laquelle le débiteur aurait dû nécessairement
« concourir, amener une spécialité d'hypothèque. Le dé-
« biteur ne peut se plaindre d'une position dans laquelle il
« s'est lui-même placé. »[2]

La démonstration nous paraît peu convaincante, car rien ne serait plus facile, en législation, en supposant admise la nécessité de l'hypothèque judiciaire, que de la limiter aux biens présents du débiteur, comme le faisait la loi du 11 Brumaire an VII, ou, ce qui serait préférable, de donner mission au juge de déterminer quels biens en seraient grevés.[3]

[1] *Exposé des Motifs au Corps législatif,* Fenet, XV, p. 454.

[2] *Rapport au Tribunat,* Fenet, XV, p. 497-498.

[3] *Voir,* sur cet aspect de l'hypothèque judiciaire, les indications fournies dans l'excellente étude de M. Challamel sur *L'hypothèque judiciaire,* p. 137 et suiv.

873. — Nous nous sommes expliqué déjà sur la valeur de l'institution de l'hypothèque judiciaire,[1] et nous n'avons pas à y revenir. Contraire au principe de la spécialité, sans lequel il n'y a pas de bon régime hypothécaire, l'hypothèque judiciaire produit entre les créanciers les résultats les plus injustes, donnant une préférence arbitraire non pas au plus intéressant, mais à celui auquel les circonstances ont permis d'arriver le premier. M. Valette la caractérisait très bien, à la tribune de l'Assemblée nationale, dans la séance du 18 décembre 1850 :

« ... Ce droit n'est pas un de ceux qui méritent le res-
« pect public, comme dépendant de la puissance des per-
« sonnes sur leurs biens, de la transmission qu'elles veulent
« en faire sous certaines conditions ; il ne se rattache pas
« non plus à une idée de justice ; mais il n'est que le résul-
« tat, en quelque sorte factice, d'un système ancien qui a
« péri en très grande partie, dont il ne reste plus aujour-
« d'hui que des débris, système sans lequel, nous ne crai-
« gnons pas de le dire, jamais on n'aurait eu la pensée
« d'établir législativement l'hypothèque dont il s'agit. »[2]

Dans l'état actuel de la science juridique et économique, nous croyons pouvoir aller jusqu'à dire que la question ne sera plus, au jour de la première réforme qui sera votée dans nos lois hypothécaires, de savoir si on supprimera l'hypothèque judiciaire. Cette hypothèque est condamnée tout au moins dans sa forme actuelle.

Mais la remplacera-t-on,[3] et par quoi la remplacera-t-on ? Sera-ce par une spécialisation de cette hypothèque sur certains immeubles déterminés par le juge ? Sera-ce par une organisation rationnelle de la déconfiture, se rapprochant de celle de la faillite ?[4] Sera-ce, comme nous l'avons indi-

[1] *Suprà,* Tome I, nos 122 I et 124.

[2] *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation,* p. 553-554.

[3] *Compar.* de Vareilles-Sommières, *L'hypothèque judiciaire,* p. 259.

[4] *Voir,* en ce sens, Valette, *Mélanges de droit, de jurispru-*

qué,[1] par un système d'opposition ou prénotation empêchant que le débiteur dispose de ses immeubles au préjudice des droits du créancier qui vient d'obtenir un jugement contre lui ? La parole est au législateur, et nous espérons qu'il ne tardera pas à la prendre, car une réforme sur ce point nous paraît très désirable.

874. — Dans l'étude que nous allons faire dans ce chapitre de l'hypothèque judiciaire, nous laisserons provisoirement de côté ce qui concerne la réduction de cette hypothèque, telle qu'elle est organisée dans les articles 2161, 2162 et 2165 ; nous l'étudierons dans la troisième partie de ce *Traité*.

Nous nous bornerons donc actuellement à l'examen des trois points suivants :

I. — *Des juridictions dont les actes emportent hypothèque ;*

II. — *Des jugements et actes auxquels l'hypothèque est attachée ;*

III. — *De l'étendue et des effets de l'hypothèque judiciaire.*

dence et de législation, p. 367-368 ; et Challamel, *L'hypothèque judiciaire,* p. 229 et suiv.

[1] *Suprà,* Tome I, n° 124 I.

SECTION I

Des juridictions dont les actes emportent hypothèque.

875. — L'hypothèque s'attache à toutes les décisions émanant des tribunaux français, sans qu'il y ait lieu, comme nous le dirons, de se préoccuper de l'étendue plus ou moins grande de la juridiction du tribunal de la sentence duquel il s'agit : tribunal à compétence générale ou à compétence d'exception, tribunal du premier degré ou tribunal d'appel, il importe peu. L'hypothèque résulte « des jugements », d'après l'article 2123, par conséquent de tout jugement, quelle que soit la nature ou la compétence du tribunal français qui a statué.

876. — Du moment où le jugement émane d'un tribunal français il emporte hypothèque, lors même que le bénéficiaire de ce jugement serait un étranger. L'hypothèque judiciaire est donnée non pas à raison de la qualité du plaideur, mais pour assurer l'exécution des décisions de la justice du pays, et elles sont aussi respectables et aussi dignes de protection lorsqu'elles statuent en faveur d'un étranger que lorsqu'elles statuent en faveur d'un national.[1]

877. — Si la décision émane non plus d'un tribunal français, mais d'un tribunal étranger, la solution n'est plus

[1] Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 429 ; Demangeat, *De la condition des étrangers,* n° 76 ; Aubry et Rau, III, § 265, texte et note 4, p. 251.

la même, et l'article 2123 emploie les expressions suivantes, dont l'interprétation donne lieu à de vives controverses :

« L'hypothèque ne peut pareillement résulter des juge-
« ments rendus en pays étranger qu'autant qu'ils ont été
« *déclarés exécutoires* par un tribunal français ; sans préju-
« dice des dispositions contraires qui peuvent être dans les
« lois politiques ou dans les traités. »

Avant d'examiner la portée de ce texte et de préciser la mission qu'il donne au tribunal français, nous ferons quelques observations préliminaires. Constatons d'abord qu'il n'est pas applicable aux décisions rendues par les consuls français à l'étranger : ces décisions devront être assimilées à celles que rendraient en France des tribunaux français, et, comme elles, emporter hypothèque de plein droit, par application de l'alinéa premier de l'article 2123. Le droit de juridiction donné à nos consuls sur nos nationaux à l'étranger relève des pouvoirs publics en France, au même titre que le droit de juridiction des tribunaux français ; et le consul est, dans la limite des attributions judiciaires qui lui sont données, un juge français résidant à l'étranger, ou plutôt, par une fiction de droit, un juge résidant en France, car il demeure sous la protection du drapeau français qui abrite le consulat. L'article 546 du Code de procédure, mieux rédigé que l'article 2123, prouve bien qu'il en est ainsi : il soumet en effet au contrôle des tribunaux français non pas les jugements « rendus en pays étranger », mais les jugements rendus « par les tribunaux étrangers ».[1]

878. — Il importe encore de remarquer, avec le dernier alinéa de l'article 2123, que les jugements émanant des tribunaux étrangers emportent de plein droit hypothèque en France, s'il y a une disposition en ce sens dans les lois politiques ou dans les traités.

Nous ne connaissons pas de loi politique accordant cette

[1] Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 452 ; Aubry et Rau, III, § 265, texte et note 5, p. 251 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 583.

faveur en France aux tribunaux d'un pays étranger, et il est peu probable qu'il y en ait jamais : de pareilles stipulations ne se rencontrent guère en effet que dans les traités, où elles s'expliquent tout naturellement, parce qu'elles sont alors réciproques.

Quant aux traités, il y en a trois : le traité avec la Sardaigne, du 24 mars 1760, rendu applicable à toute l'Italie par la déclaration du 1er septembre 1860 ; le traité avec le grand-duché de Bade du 16 avril 1846, et le traité avec la Suisse du 15 juin 1869.

879. — D'un autre côté, pour qu'une décision rendue par un tribunal étranger puisse être « déclarée exécutoire » par un tribunal français, il faut que ce jugement étranger soit régulier en la forme,[1] qu'il émane de juges compétents,[2] qu'il ait acquis à l'étranger la force exécutoire,[3] et enfin qu'il ne soit pas contraire aux principes d'ordre public admis en France, ce qui arriverait, par exemple, si les droits de la défense avaient été violés par la décision rendue à l'étranger. Ce sont là, suivant la formule exacte de M. Weiss,[4] des principes généraux « sur lesquels tout le « monde est plus ou moins d'accord », et, si l'une ou l'autre de ces conditions essentielles vient à manquer, le tribunal français devra se refuser à « déclarer exécutoire » la sentence étrangère.

880. — Examinons maintenant quel va être, en présence d'une sentence régulièrement rendue par un tribunal étranger compétent, le rôle du tribunal français.

La question est très controversée, et voici les principaux systèmes qu'elle a fait naître.

[1] Weiss, *Droit international privé,* p. 823.

[2] Cassation, 27 avril 1870, Sirey, 71, I, 91.

[3] Paris, 23 février 1866, Sirey, 66, II, 300 ; Angers, 4 juillet 1866, Sirey, 66, II, 300 ; Chambéry, 12 février 1869, Sirey, 70, II, 9 ; Bordeaux, 30 novembre 1869, Dalloz, 71, II, 121 ; Cassation, 28 février 1881, Sirey, 82, I, 33.

[4] *Op. citat.,* p. 824.

D'après une première opinion, le tribunal a un pouvoir de révision absolu sur le jugement du tribunal étranger qui lui est soumis, et il doit juger à nouveau le litige déjà jugé à l'étranger. Voici comment on raisonne, dans cette théorie : le droit de rendre la justice relève essentiellement de la souveraineté nationale, et la chose jugée dans un pays ne peut avoir d'autorité en dehors des limites de ce pays. C'est pour cela que l'article 2123 exige l'intervention du tribunal français tout entier ; s'il s'agissait de revêtir la sentence étrangère d'une simple formule exécutoire, ce n'est pas au tribunal qu'on aurait recours, mais seulement au président, comme on le fait au cas d'arbitrage dans le cas de l'article 1020 du Code de procédure. L'intervention nécessaire du tribunal montre quel est le rôle qui lui est attribué, celui de réviser la décision des juges étrangers de juger à nouveau le litige.

Toutefois, parmi les partisans de ce système, il existe un certain dissentiment sur la valeur à attribuer à la sentence étrangère soumise aux juges français.

Pour les uns, la sentence étrangère n'a aucune valeur, c'est un procès nouveau qui devra être débattu devant le tribunal français : on pourra, dans cette instance qui est réellement une instance nouvelle, former des demandes qui n'auraient pas été présentées devant les juges étrangers, et, par exemple, appeler en garantie une personne qui n'avait pas été mise en cause devant les juges étrangers.[1] De plus, comme la décision à intervenir va être non celle du tribunal étranger sanctionnée par le tribunal français, mais celle du tribunal français, celui-ci devra refuser de déclarer exécutoire la décision des juges étrangers, s'il s'agit d'un litige entre deux étrangers.[2]

Pour les autres au contraire, la décision des juges étran-

[1] Cassation, 21 août 1882, Sirey, 84, I, 425, et Dalloz, 83, I, 258. — *Compar.* Cassation, 20 août 1872, Sirey, 72, I, 327, et Dalloz, 72, I, 342.

[2] Paris, 15 juin 1861, Sirey, 61, II, 455.

gers constitue une sentence valable, qui pourra être déclarée exécutoire par le tribunal français, si, après examen du fond du litige, il croit devoir se ranger à l'avis du tribunal étranger. Le tribunal français, dans ce système, joue à l'égard du tribunal étranger un rôle analogue à celui du juge d'appel: il peut réformer la décision, mais, s'il la confirme, c'est elle qui sera exécutée. Il suit de là que l'affaire doit être soumise au tribunal français dans l'état où elle a été soumise au tribunal étranger, et on ne pourra former devant les juges de France aucune demande qui ne l'ait été préalablement devant les juges étrangers, Mais les éléments d'instruction qui ont été employés à l'étranger pourront et devront servir devant les juges de France, sauf à ceux-ci à en examiner la valeur :

« L'examen (par le tribunal français) n'implique point la « nécessité de recommencer l'instruction. Ce serait procé- « der par action nouvelle, là où le législateur n'exige qu'une « simple révision ; les enquêtes, les expertises faites à « l'étranger seront prises en considération, si elles ne pa- « raissent pas indignes de confiance. »[1]

Ce système est aujourd'hui prédominant en jurisprudence.[2]

[1] Observ. de la Faculté de Caen, *Documents sur le Régime hypothécaire,* III, p. 275.

[2] Cassation, 19 avril 1819, Sirey, C. N., VI, I, 62 ; Rennes, 28 mai 1819, Sirey, C. N., VI, II, 78 ; Toulouse, 27 décembre 1819, Sirey, C. N., VI, II, 172 ; Montpellier, 8 mars 1822, Sirey, C. N., VII, II, 39 ; Grenoble, 3 janvier 1829, Sirey, C. N., IX, II, 185 ; Douai, 3 janvier 1845, Sirey, 45, II, 513 ; Bordeaux, 6 août 1847, Sirey, 48, II, 153, et Dalloz, 48, II, 66 ; Paris, 21 novembre 1851, Sirey, 51, II, 783, et Dalloz, 52, II, 209 ; Paris, 6 mai 1859, Sirey, 59, II, 480 ; Cassation, 10 mars 1863, Sirey, 63, I, 293, et Dalloz, 63, I, 89 ; Colmar, 10 février 1864, Sirey, 65, II, 60 ; Paris, 22 avril 1864, Sirey, 65, II, 60, et Dalloz, 65, II, 110 ; Pau, 6 janvier 1868, Sirey, 68, II, 100 ; Chambéry, 12 février 1869, Sirey, 70, II, 9, et Dalloz, 71, II, 118 ; Pau, 17 janvier 1872, Sirey, 72, II, 233, et Dalloz, 75, II, 193 ; Cassation, 28 juin 1881, Sirey, 82, I, 33, et Dalloz, 81, I, 337 ; Aix, 24 mars, 30 juillet et 3 août 1885, Sirey, 87, II,

881. — Une seconde opinion distingue suivant que la sentence étrangère a été rendue pour ou contre un Français ; dans le premier cas, le rôle du tribunal français se borne à mettre la formule exécutoire à la décision étrangère, sans que celle-ci puisse être révisée ; mais, dans le second cas, le fond du procès peut être débattu devant le tribunal français, comme s'il n'avait pas été jugé. Cette opinion se fonde surtout sur un argument historique ; l'ordonnance Michaud, de janvier 1629, consacrait en effet cette distinction dans les termes suivants, dans son article 121 :

« Les jugements rendus, contrats ou obligations reçues « ès royaumes et souverainetés étrangères, pour quelque « cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécu- « tion en notre dit royaume ; ains tiendront les contrats « lieu de simples promesses, et nonobstant les jugements, « nos sujets *contre lesquels ils auront été rendus* pourront « de nouveau débattre leurs droits comme entiers parde- « vant nos officiers. »[1]

Cette règle, demeurée intacte dans notre droit intermédiaire, n'a été modifiée ni par le Code civil ni par le Code de procédure, qui n'avaient à s'occuper ni l'un ni l'autre d'une règle de droit public que le Code Michaud édictait, et qu'aucune loi moderne n'a abrogée.

On ajoute qu'il serait invraisemblable que les rédacteurs de nos codes eussent eu la pensée d'abroger une règle traditionnelle en France, qui sauvegarde à la fois le respect dû à la chose jugée, et l'intérêt de nos nationaux, qui pourrait être compromis devant certaines juridictions étrangères.[2]

217 ; Cassation, 9 février 1892, Sirey, 92, I, 201, et Dalloz, 92, I, 609. — Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2123 ; Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 207 ; Larombière, *Des Obligations,* V, article 1351, n° 6 ; Colmet de Santerre, IX, n°s 89 *bis* IV et suiv. ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1255.

[1] Decrusy, Jourdan et Isambert, *Recueil des anciennes Lois françaises,* XVI, p. 262.

[2] Cassation, 7 janvier 1806, Sirey, C. N., II, I, 202 ; Cassation,

882. — La troisième opinion, qui paraît définitivement repoussée par la jurisprudence, mais qui compte en sa faveur un très grand nombre d'auteurs, et qui nous paraît la meilleure, affirme que les tribunaux français n'ont d'autre mission à remplir que d'apposer la formule exécutoire au jugement étranger, après avoir au préalable vérifié la régularité de sa forme, la compétence des juges qui l'ont prononcé, le point de savoir s'il a acquis la force exécutoire et s'il est en harmonie avec les principes de notre droit public. Mais, une fois ces conditions remplies, qu'il soit rendu pour ou contre un Français, il devra être « déclaré exécu-« toire » par le tribunal français.

Si nous examinons d'abord le texte des articles 2123, et 546 du Code de procédure, il nous paraît difficile de n'y pas voir l'introduction d'un droit nouveau, tout différent de celui de l'ordonnance de 1629 : non seulement ces textes ne font aucune distinction entre le cas où l'étranger a gagné, et celui où il a perdu son procès devant le tribunal étranger, mais tous les termes qu'ils emploient excluent l'idée d'une révision au fond du jugement étranger.

Voyons d'abord l'article 2123. Après avoir dit que les décisions arbitrales n'emportent hypothèque que si elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution, ce texte ajoute :

« L'hypothèque ne peut *pareillement* résulter des juge-« ments rendus en pays étranger qu'autant *qu'ils ont été* « *déclarés exécutoires* par un tribunal français. »

Le rapprochement entre la sentence arbitrale et le jugement étranger est déjà significatif : le président du tribunal se borne à apposer la formule exécutoire à la sentence

27 août 1812, Sirey, C. N., IV, I, 180 ; Paris, 7 janvier 1833, Sirey, 33, II, 145 ; Angers, 4 juillet 1866, Sirey, 66, II, 300. — Duranton, XIX, n° 342 ; Demangeat, *De la condition des étrangers en France*, n° 88 ; Valette, *Mélanges*, p. 333 et suiv. ; Griolet, *De l'autorité de la chose jugée*, p. 96 et suiv. ; Aubry et Rau, VIII, § 769 *ter*, texte et note 4, p. 414-417.

arbitrale, aux termes de l'article 1020 du Code de procédure ; et si la mission du tribunal français n'avait pas été analogue à celle du président à propos de la sentence arbitrale, l'article 2123 n'aurait pas employé l'expression « *pareille-* « *ment* ».

Puis l'article ajoute que « *les jugements rendus en pays* « *étranger* seront déclarés exécutoires » : c'est donc le jugement étranger qui va être déclaré exécutoire, d'où il suit que le litige ne devra pas être jugé de nouveau par le tribunal français.

Enfin les mots « *déclarés exécutoires* » ne peuvent s'appliquer qu'au visa donné par l'autorité judiciaire française au jugement étranger, auquel la force exécutoire manque en France, mais auquel il ne manque que cela pour pouvoir y être mis à exécution.

L'article 546 du Code de procédure fournit des arguments de même nature, puisqu'il parle aussi « de l'exécution » des jugements étrangers et ne prévoit l'intervention des tribunaux français que pour rendre ces jugements « susceptibles d'exécution ».

Quant à l'intervention du tribunal français tout entier, tandis que le Code de procédure n'a recours qu'au président seul pour rendre exécutoires les sentences arbitrales, elle s'explique tout naturellement par l'importance du contrôle que le tribunal doit exercer sur le jugement étranger avant de le déclarer exécutoire : apprécier si ce jugement est régulier, si les juges étaient compétents, s'il a acquis la force exécutoire, s'il ne lèse aucun principe de notre droit public français, constitue une tâche assez délicate et assez difficile pour qu'elle soit donnée au tribunal tout entier.

Cette limitation du rôle de nos tribunaux, en présence des jugements étrangers, nous paraît très désirable : du moment où ces jugements remplissent les conditions générales que nous venons d'énumérer, il serait impolitique, dans l'état des relations internationales, de leur refuser l'autorité de la chose jugée en France. Ce serait à la fois enlever

tout crédit à nos nationaux, et provoquer contre eux, dans les législations étrangères, des mesures de rétorsion très défavorables à l'intérêt français.[1]

883. — Les sentences arbitrales doivent pouvoir produire hypothèque comme les jugements ; la sentence arbitrale met fin au procès comme si elle était rendue par des juges au lieu de l'être par des arbitres, et la seule différence entre les deux juridictions consiste dans le caractère privé des arbitres, en opposition avec le rôle officiel des juges.

Mais du caractère privé de la juridiction des arbitres va naître une différence entre leur sentence et celle des juges, différence qui existait déjà dans notre ancien droit : la décision des arbitres ne pourra produire hypothèque qu'après avoir été rendue exécutoire par l'autorité judiciaire.

« Les sentences des arbitres, disait Pothier, ne portent « hypothèque que du jour de l'homologation qui en est faite « devant le juge ; car ces arbitres étant des particuliers, « leur sentence ne peut être revêtue d'aucune autorité pu- « blique qui puisse produire l'hypothèque, jusqu'à ce qu'el- « les aient reçu cette autorité par l'homologation du juge. »[2]

L'article 2123 reproduit cette règle de notre ancien droit, en déclarant que « les décisions arbitrales n'emportent « hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordon- « nance judiciaire d'exécution ».

Nous avons vu que cette ordonnance, à la différence de

[1] Paris, 23 février 1866, Sirey, 66, II, 300 ; Paris, 8 août 1866, Sirey, 67, II, 101 ; Paris, 2 mars 1868, Sirey, 68, II, 312 ; Tribunal de la Seine, 28 décembre 1868, Sirey, 69, II, 144 ; Angers, 23 avril 1869, Dalloz, 69, II, 218 ; Montpellier, 17 décembre 1869, Sirey, 70, II, 75 ; Tribunal de Bayonne, 2 mars 1870, Dalloz, 75, II, 193. — Massé, *Droit commercial,* II, n°s 800-802 ; Labbé, *Note,* Sirey, 1865, I, 61 ; Bertauld, *Quest. prat. et doctrin. de Code civil,* I, p. 123 et suiv. ; Bonfils, *Compét. des Tribun. franç.,* p. 228 et suiv. ; de Vareilles-Sommières, *L'hypothèque judiciaire,* p. 138 et suiv. ; Weiss, *Droit international privé,* p. 827-829.

[2] *De l'Hypothèque,* n° 23.

ce qui se passe pour les décisions des tribunaux étrangers, émane uniquement du président du tribunal, aux termes de l'article 1020 du Code de procédure.

884. — Si la sentence arbitrale a été rendue à l'étranger, devra-t-elle être déclarée exécutoire en France par le tribunal entier, comme un jugement étranger, ou par le président seul, comme une sentence arbitrale rendue en France ?

On a proposé la distinction suivante, que pour notre part nous approuvons tout à fait.

Si l'arbitrage fait à l'étranger a été purement volontaire, que les parties aient librement choisi des arbitres étrangers pour régler leur différend comme elles auraient choisi des arbitres français, la nationalité des arbitres ne changera pas le caractère de l'arbitrage. C'est une convention privée, un arbitrage ordinaire qui ne nécessitera que l'intervention du président pour lui donner la force exécutoire.[1]

Si au contraire l'arbitrage a été forcé, s'il était imposé aux parties par la législation du pays où le litige est né, il en sera autrement, et l'intervention du tribunal tout entier sera nécessaire : comme l'a très bien dit la Cour de cassation, l'arbitre ou les arbitres procèdent alors « comme délé-« gués de la puissance publique étrangère, et ce fait impri-« me à leur décision un caractère judiciaire ».[2]

885. — L'hypothèque judiciaire résulte de toute décision émanée d'une juridiction française, lors même qu'il s'agirait, ainsi que nous l'avons dit, d'une juridiction d'exception, juge de paix, tribunal de commerce, conseil des prud'hommes, etc...

Il importe même peu qu'il s'agisse d'un jugement proprement dit : toute décision judiciaire qui reconnaît et pro-

[1] Chambéry, 15 mars 1875, Sirey, 76, II, 85. — Larombière, V, article 1351, n° 7 ; Aubry et Rau, VIII, § 769 *ter*, texte et note 12, p. 418-419; Weiss, *Droit international privé*, p. 822.

[2] Cassation, 16 juin 1840, Sirey, 40, I, 583. — *Sic* Montpellier, 18 août 1838, Sirey, 40, I, 583 ; Paris, 22 juin 1843, Sirey, 43, II, 346. — Valette, *Mélanges*, I, p. 351 ; Aubry et Rau et Weiss, *Op. et Loc. citat.*

clame l'existence d'une créance au profit d'une partie contre l'autre emportera hypothèque, cette décision ne pût-elle pas être qualifiée de jugement. C'est ainsi qu'au cas de prorogation par les parties de la compétence du juge de paix, la décision de ce magistrat qui condamne l'une d'elles, dans les limites de l'extension donnée à sa compétence, emportera hypothèque. Le juge de paix exerce alors de véritables fonctions de juge, il termine un litige, et sa décision, bien que n'étant pas un jugement proprement dit, doit en produire tous les effets.[1]

886. — Les décisions des juridictions administratives emportent hypothèque aussi bien que celles des juridictions civiles. L'article 2123 ne fait en effet aucune distinction, et il n'en pouvait pas faire, l'intérêt qui s'attache à l'exécution de ces sentences étant le même que pour celles des tribunaux civils. D'ailleurs plusieurs textes des lois administratives consacrent formellement ce principe : nous citerons notamment la loi du 29 floréal an X, article 4 ; les avis du Conseil d'Etat des 16-25 thermidor an XII, et des 12 novembre 1811 et 24 mars 1812 ; et la loi du 28 juillet 1889, article 49. Ces textes ne sont pas limitatifs, et c'est à toute décision d'un tribunal administratif que l'hypothèque s'attache, décision des ministres statuant au contentieux, du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes, des Conseils de préfecture.[2]

Il en sera de même des décisions des juridictions répressives portant condamnation ; et il y a même en faveur de ces décisions un argument *à fortiori*, car c'est surtout de leur exécution que l'intérêt social exige que l'on se préoccupe.

[1] Toulouse, 30 avril 1842, Sirey, 45, II, 545 ; Cassation, 6 janvier 1845, Sirey, 45, I, 188. — Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 202 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 448 ; Aubry et Rau, III, § 265, texte et note 25, p. 257-258. — *Contrà,* Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 589.

[2] Rouen, 22 mai 1818, Sirey, C. N., V, II, 385. — Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 9 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 447 ; Aubry et Rau, III, § 265, texte et note 9, p. 252 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 580.

SECTION II

Des jugements et actes auxquels l'hypothèque est attachée.

887. — Il faut, mais il suffit pour qu'un acte émanant de l'autorité judiciaire emporte hypothèque qu'il rentre dans l'exercice de la juridiction contentieuse de cette autorité : à cette condition l'acte entraînera hypothèque, ne fût-il pas un jugement. Voilà pourquoi l'article 2117 porte que l'hypothèque judiciaire est celle qui résulte « des jugements ou « *actes judiciaires* ».

C'est ainsi que les ordonnances du président du tribunal civil prévues par les articles 191 et 403 du Code de procédure civile entraîneront hypothèque judiciaire.

Il en sera de même, comme nous l'avons vu,[1] de la décision du juge de paix dont la compétence a été prorogée par les parties.

Il en sera encore ainsi de l'admission d'une créance au passif de la faillite : cette admission équivaut à une condamnation et constate un droit de créance ; elle permettra donc au créancier admis à la faillite de prendre inscription après la dissolution de l'union des créanciers.[2]

D'une manière générale, tout acte judiciaire rendu au contentieux et constatant l'existence d'une créance permet

[1] *Suprà,* Tome II, n° 885.
[2] Cassation, 6 mars 1894, Dalloz, 94, I, 489.

de prendre inscription, lors même qu'il ne prononcerait pas de condamnation actuelle.[1]

888. — Doit-on considérer comme des jugements emportant hypothèque les contraintes que certaines administrations sont autorisées à émettre pour le recouvrement des droits à elles dus, la régie des douanes, des contributions indirectes, de l'enregistrement et des contributions directes ?

En ce qui concerne les contraintes délivrées par la régie des douanes, tout le monde est d'accord pour reconnaître qu'elles entraînent hypothèque. L'avis du Conseil d'Etat du 12 novembre 1811, approuvant un avis précédent du Conseil du 25 Thermidor an XII, ne peut laisser aucun doute : l'avis du 25 Thermidor an XII porte en effet que « les con-« damnations et les contraintes émanées des administra-« teurs, dans les actes pour matières de leur compétence, « emportent hypothèque de la même manière et aux mêmes « conditions que celles de l'autorité judiciaire » ; et l'avis du 12 novembre 1811, rendu à propos des contraintes délivrées par l'administration des douanes, indique « que la « question est décidée par l'avis du 25 Thermidor an XII et « est d'avis que des ordres soient donnés par Sa Majesté « pour que l'avis du 25 Thermidor an XII soit inséré au « Bulletin des Lois ».[2]

889. — Pour les autres administrations au contraire, notamment l'enregistrement et les contributions indirectes, la question est très controversée.

Dans l'opinion de la majorité des auteurs, l'hypothèque doit résulter de ces contraintes aussi bien que de celles décernées en matière de douanes. On invoque en ce sens, avec une grande force, il faut le reconnaître, les avis du Conseil d'Etat des 25 Thermidor an XII et 12 novembre 1811. Le premier décide que les contraintes émanées des admi-

[1] Aubry et Rau, III, § 265, p. 252 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 588 ; de Vareilles-Sommières, *De l'Hypothèque judiciaire,* p. 69.

[2] Cassation, 14 novembre 1893, Sirey, 94, I, 397.

nistrations, sans distinction, emportent hypothèque, et le second fait application de ce principe aux contraintes en matière de douanes, mais en disant que la question est tranchée par l'avis du 25 Thermidor an XII.

Sans doute cette disposition a quelque chose d'exorbitant, car les contraintes, qui émanent de l'administration toute seule, sans que l'assujetti soit entendu, n'ont pas le caractère de jugements ; mais la matière est spéciale ; le législateur pouvait garantir le paiement des droits dus à l'Etat au moyen d'une hypothèque légale naissant avec la dette, il a fait autre chose et les a garantis à l'aide d'une hypothèque « quasi-judiciaire », naissant au moment où la contrainte est décernée.[1]

Toutefois, en ce qui concerne les contraintes décernées par les receveurs particuliers pour le recouvrement des contributions directes, les défenseurs de l'opinion que nous exposons se divisent, et quelques-uns estiment que l'hypothèque judiciaire n'y est pas attachée, par le motif que ces actes, n'étant pas dirigés contre les contribuables eux-mêmes, et ne renfermant qu'une injonction aux agents chargés de la poursuite, ne constituent pas de véritables contraintes administratives.[2]

890. — L'opinion contraire, que la Cour de cassation a adoptée,[3] et qui limite aux contraintes en matière de douanes l'hypothèque attachée aux contraintes administratives, nous semble préférable.

[1] Lyon, 7 août 1829, Sirey, c. n., IX, I, 19. — *Conclusions* de M. l'avocat général Chevrier, Dalloz, 1881, I, 249-251 ; Serrigny, *De l'organisation et de la compétence administrative,* III, n° 1341 ; Valette, *Mélanges,* I, p. 317 et suiv. ; Foucart, *Droit administratif,* II, n° 1206 ; Ducrocq, *Droit administratif,* II, n° 1203 ; Aubry et Rau, III, § 265, texte et note 15, p. 254 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 581.

[2] Serrigny et Aubry et Rau, *Op. et Loc. citat.* — *Contrà,* Valette et Foucart, *Op. et Loc. citat.*

[3] Cassation, 28 janvier 1828, Sirey, c. n., IX, I, 19 ; Cassation, 9 novembre 1880, Sirey, 81, I, 304, et Dalloz, 81, I, 249.

Envisagées en elles-mêmes, les contraintes administratives ne sont pas des jugements et ne peuvent leur être assimilées ; elles constituent, suivant les expressions de la loi du 24 Frimaire an VII, « un premier acte de poursuite », et M. Valette, dont nous combattons l'opinion, les appelle lui-même « un acte de pur commandement ». Donc, à s'en tenir aux principes du droit commun, il est impossible d'appliquer l'article 2123 aux contraintes.

Il s'agit donc uniquement de savoir quelle est la portée des avis du Conseil d'Etat des 25 Thermidor an XII et 12 novembre 1811 ; et, pour les interpréter, il y a lieu de tenir compte des deux observations suivantes : la première, que, s'agissant d'une dérogation au droit commun, il faut l'entendre d'une façon restrictive ; la seconde, que l'extension de l'hypothèque en cette matière doit être d'autant moins admise qu'il s'agit de créer une situation préférable au fisc, au détriment de l'ensemble des citoyens.

Or l'interprétation restrictive proposée par la Cour de cassation nous paraît s'appuyer sur des motifs graves. Il est bien vrai que l'avis du Conseil d'Etat du 25 Thermidor an XII paraît, dans son dispositif, s'appliquer à toutes les contraintes administratives, mais il est précédé d'un préambule qui en limite la portée :

« Considérant que les administrateurs auxquels les lois « ont attribué, pour les matières qui y sont désignées, le « droit de prononcer des condamnations ou de décerner « des contraintes, sont *de véritables juges*, dont les actes « doivent produire les mêmes effets et obtenir la même « exécution que ceux des tribunaux ordinaires ;

« Et que ces actes ne peuvent être l'objet *d'aucun litige* « devant les tribunaux ordinaires sans troubler l'indépen- « dance de l'autorité administrative, garantie par les Consti- « tutions de l'Empire français. »

Cet avis ne peut s'appliquer aux contraintes administratives en général, qui peuvent toujours former l'objet d'une opposition de la part de l'assujetti, soit devant les tri-

bunaux ordinaires, soit devant les tribunaux de l'ordre administratif.

D'un autre côté, comme l'avis du Conseil d'Etat du 12 novembre 1811 ne dispose qu'en faveur de la régie des douanes, et dans un cas où la loi du 22 août 1791 lui donne hypothèque sur les biens des redevables, on ne peut l'étendre aux contraintes décernées par les autres administrations.

Il faut donc, pour celles-ci, en revenir au droit commun, et, en constatant que le fonctionnaire qui décerne ces contraintes n'agit point comme juge, refuser l'hypothèque à des actes qui ne sont que « de pur commandement ».

891. — On doit, ainsi que nous venons de le faire à propos des contraintes administratives, prendre pour règle d'interprétation de l'article 2123 de refuser le bénéfice de l'hypothèque à tout acte judiciaire ne présentant pas le caractère d'une décision contentieuse.

C'est ainsi que les procès-verbaux de conciliation dressés devant le juge de paix n'emporteront pas hypothèque judiciaire, quand même ils contiendraient des aveux d'une partie se reconnaissant débitrice, une convention l'obligeant à un paiement, ou la reconnaissance d'une signature apposée au bas d'une obligation. En effet, il n'y a rien là de contentieux, mais seulement un accord entre les parties, une simple convention entre elles.

Ce point a été formellement reconnu lors de la discussion de l'article 2123 au Conseil d'Etat, dans la séance du 3 Ventôse an XII :

« M. Jollivet dit que l'on a souvent agité la question de « savoir si les reconnaissances faites devant les bureaux de « conciliation donnaient hypothèque. La section s'est refu- « sée avec raison à décider l'affirmative ; c'eût été ouvrir « un moyen de frauder le droit d'enregistrement : mais il « est peut-être utile que l'intention de la loi soit connue, et « que le procès-verbal s'en explique.

« Le consul Cambacérès dit que l'observation de M. Jol- « livet, qui est juste et conforme aux intentions du Con-

« seil, se trouvera nécessairement au procès-verbal. »[1]

Ce caractère purement contractuel des obligations ainsi constatées est d'ailleurs nettement affirmé par l'article 54 du Code de procédure civile, aux termes duquel « les con-« ventions des parties, insérées au procès-verbal, ont force « *d'obligation privée* ».

Il ne peut donc être question d'hypothèque judiciaire pour sanctionner de telles obligations.[2]

892. — L'hypothèque judiciaire ne naîtra pas non plus des actes judiciaires par lesquels une personne s'engage à en cautionner une autre, qu'il s'agisse de la caution *judicatum solvi*, d'une caution offerte en justice pour garantie du paiement d'un prix de vente,[3] ou de la caution qui garantit le paiement des dividendes promis dans un concordat, et cela même après l'homologation en justice du concordat.[4]

Dans ces divers cas les tribunaux n'interviennent point pour faire acte de juridiction contentieuse. S'il s'agit de la caution *judicatum solvi*, le jugement qui l'ordonne ne prononce point une condamnation, mais prescrit une mesure d'instruction, et la réception de la caution au greffe n'est que la constatation de l'engagement volontaire pris par la caution. Dans les deux autres cas, la justice n'intervient encore que pour donner acte aux parties des engagements pris par l'une d'elles, mais elle ne juge aucun différend.[5]

[1] Fenet, XV, p. 360.

[2] Merlin, Répert., V° *Hypothèque,* sect. II, § II, art. 4, n° 1 ; Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 202 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 448 ; Valette, *Mélanges,* I, p. 375 ; Aubry et Rau, III, § 265, texte et note 12, p. 253 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 588 ; de Vareilles-Sommières, *De l'Hypothèque judiciaire,* p. 60 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 75 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1225.

[3] Cour d'appel de Savoie, 8 mai 1854, Dalloz, 55, II, 241.

[4] Tribun. région. supér. de Colmar, 31 décembre 1886, *Pandectes françaises,* 89, V, 4.

[5] Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 441 ; Valette,

Il y avait une disposition en sens contraire dans le *Projet de Code civil*,[1] mais elle a été à bon droit supprimée.

893. — Le bordereau de collocation délivré aux créanciers dans un ordre, ou l'ordonnance du juge colloquant les créanciers dans une distribution par contribution ne doivent pas non plus entraîner d'hypothèque judiciaire. Ce bordereau ou cette ordonnance sont bien des actes judiciaires, mais ils ne sont pas rendus à la suite d'un litige, et ils ne revêtent pas le caractère d'actes judiciaires contentieux qui peuvent seuls donner naissance à l'hypothèque.[2]

Il en serait différemment si, sur l'opposition de l'adjudicataire, la collocation était maintenue par une décision judiciaire. Cette décision prend le caractère d'un jugement de condamnation, et elle doit à ce titre être garantie par l'hypothèque.[3]

894. — Les jugements qui nomment un curateur à succession vacante, et plus généralement un administrateur de la fortune d'autrui, n'emportent pas hypothèque sur les biens de l'administrateur nommé. Ce sont des actes de juridiction

Mélanges, I, p. 373-375 ; Aubry et Rau, III, § 265, texte et note 10, p. 253 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 588. — *Contrà*, Metz, 27 août 1817, Sirey, C. N., V, II, 320. — Duranton, XIX, n° 337.

[1] Fenet, XV, p. 218.

[2] *Sic*, quant au bordereau de collocation, Grenoble, 28 mai 1831, Sirey, 32, II, 95 ; et, quant à l'ordonnance de distribution, Tribunal de Saint-Gaudens, 10 février 1879, sous Cassation, 1er août 1881, Sirey, 82, I, 337. — Duranton, XIX, n° 337 *bis* ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 442 *quater* ; Aubry et Rau, III, § 265, texte et note 11, p. 253 ; de Vareilles-Sommières, *De l'Hypothèque judiciaire*, p. 84 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques*, n° 75 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 1225. — *Contrà*, Limoges, 30 juillet 1889, sous Cassation, 24 décembre 1890, Sirey, 92, I, 301, et Dalloz, 92, I, 183.

[3] Bordeaux, 30 avril 1840, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., V° *Privilèges et Hypothèques*, n° 1120 ; Cassation, 24 décembre 1890, Sirey, 92, I, 301, et Dalloz, 92, I, 183. — Pont, *Op. et Loc. citat.*

gracieuse qui ne contiennent aucune condamnation et ne constatent aucune dette à la charge de l'administrateur.[1]

Le projet de Code civil, émanant de la Commission du Gouvernement, renfermait une disposition contraire; l'article 32 du Titre des privilèges et hypothèques s'exprimait ainsi:

« Il y a hypothèque sur tous les biens des séquestres et « gardiens établis par autorité de justice, à compter du jour « de leur nomination. »[2]

Bien que ce texte fût dans la section III, *De l'hypothèque judiciaire*, c'était en réalité une hypothèque légale qu'il créait sur les biens de ces administrateurs. C'est avec raison qu'on l'a supprimée, avec le caractère de généralité qu'elle avait et qui aurait lourdement pesé sur les biens de tous ces administrateurs.

D'ailleurs, lorsque le législateur a pensé qu'il était bon de donner une garantie de cette nature dans certains cas particuliers, il l'a fait, en limitant l'étendue de l'hypothèque qu'il crée alors : nous citerons notamment l'article 34 de la loi du 30 juin 1838, sur les administrateurs provisoires nommés aux aliénés, et l'article 10 de la loi du 24 juillet 1889, sur les tuteurs investis de la tutelle en vertu de cette loi.

895. — Les jugements d'adjudication rendus sur une poursuite en saisie immobilière n'emportent pas hypothèque, bien qu'ils constatent judiciairement une dette à la charge de l'adjudicataire ; mais ils font cette constatation sans qu'il y ait litige, et uniquement pour homologuer l'acte volontaire par lequel il s'est rendu acquéreur. Un jugement d'adjudication ne peut pas plus emporter hypothèque judiciaire qu'un acte authentique d'adjudication.[3]

[1] Bordeaux, 25 mars 1834, Sirey, 34, II, 373. — Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2123, n° 13 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 440 ; Valette, *Mélanges,* I, p. 379 ; Aubry et Rau, III, § 265, texte et note 13, p. 253 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 575. — *Contrà,* Paris, 12 décembre 1833, Sirey, 34, II, 103.

[2] Fenet, XV, p. 217-218.

[3] Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2123, n° 11 ; Grenier,

Il en est ainsi même dans le cas où le cahier des charges porte que tous les biens de l'adjudicataire sont hypothéqués à la garantie de son prix d'adjudication. Cette clause ne peut valoir que comme constitution d'hypothèque conventionnelle, à la double condition que le cahier des charges soit passé devant notaire et qu'il désigne d'une façon spéciale les immeubles de l'adjudicataire qui seront grevés de cette hypothèque.[1]

896. — L'exécutoire de taxe, délivré à un notaire en vertu de l'article 3 de la loi du 5 août 1881, emporte-t-il hypothèque judiciaire?

L'affirmative a été soutenue par les raisons suivantes. L'ordonnance de taxe est, dit-on, un véritable jugement rendu, sur la production des titres du notaire, par le président du tribunal auquel la loi donne à cet effet une délégation spéciale. Ce jugement emporte condamnation, il a voie parée, comme la grosse d'un jugement, et l'on ne comprendrait pas que des deux effets du jugement, la voie parée et l'hypothèque, la loi donnât l'une et refusât l'autre à l'exécutoire de frais. Une telle solution, désavantageuse pour le notaire, le serait aussi pour le client, en ce qu'elle contraindrait le notaire à intenter contre celui-ci une action judiciaire coûteuse pour pouvoir obtenir hypothèque sur ses biens.[2]

L'opinion contraire, qui refuse l'hypothèque à l'exécutoire de frais, doit, à notre avis, être adoptée. L'ordonnance de

Des Hypothèques, I, n° 200 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 441 ; Valette, *Mélanges,* I, p. 381 ; Aubry et Rau, III, § 265, texte et note 14, p. 253 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 577 ; de Vareilles-Sommières, *De l'Hypothèque judiciaire,* p. 61 ; Colmet de Santerre, IX, n° 87 *bis* II ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 77.

[1] Limoges, 3 mars 1854, Sirey, 54, II, 316, et Dalloz, 55, II, 29.

[2] Tribunal de Privas, 13 juillet 1886, sous Cassation, 3 août 1887, Sirey, 88, I, 225, et Dalloz, 88, I, 259 ; Tribunal de Brives, 18 novembre 1886, Sirey, 87, II, 22. — Amiaud, Explic. de la loi du 5 août 1881, n° 46.

taxe n'est pas, comme on le dit, un jugement, ou une décision judiciaire contentieuse ; elle est rendue à la demande d'une seule des parties, le notaire, sans que le client soit entendu ni même appelé, et elle n'est, avec l'exécutoire qui y est mis, qu'un moyen coercitif donné au notaire pour obtenir le paiement de ses frais. Mais l'efficacité de ce moyen peut être paralysée par une opposition faite par le client devant les tribunaux ordinaires : c'est alors que le litige va naître et sera tranché par une décision judiciaire, mais, jusque là, il n'y a qu'une mesure d'exécution qui ne peut être assimilée à un jugement ou à un acte judiciaire contentieux, et ne doit pas produire hypothèque.[1]

La solution que nous venons de donner doit être la même, pour les mêmes motifs, s'il s'agit de l'exécutoire de frais donné soit à l'avoué qui a obtenu distraction, soit à la partie.[2]

897. — D'après l'article 2123, l'hypothèque judiciaire résulte non pas seulement des jugements contradictoires, mais aussi des jugements par défaut ; elle résulte également des jugements provisoires, aussi bien que des jugements définitifs, et la loi n'établit entre ces diverses sortes de jugements aucune différence en ce qui concerne l'hypothèque.

En ce qui concerne les jugements par défaut, cette disposition de l'article 2123 déroge aux précédents historiques : sous l'empire de l'ordonnance de 1667, titre 35, article 11, l'hypothèque s'attachait bien au jugement par défaut, mais seulement du jour de la signification de ce jugement au procureur. Cette disposition était fondée sur ce que souvent la procédure par défaut est ignorée de celui contre lequel elle est dirigée.

[1] Tribunal de La Châtre, 13 mars 1884, et de Langres, 14 mai 1884, Sirey, 86, II, 46 ; Tribunal de Valence, 30 juillet 1884, Sirey, 85, II, 189 ; Tribunal de Bourges, 21 juillet 1887, *Pandectes françaises,* 87, II, 326 ; *Motifs* de Cassation, 3 août 1887, Sirey, 88, I, 225, et Dalloz, 88, I, 259. — Testoud, *Revue critique,* 1882, p. 169 ; Defrénois, *Comment. de la loi du 5 août 1881,* n° 24.

[2] Nancy, 30 janvier 1892, Dalloz, 92, II, 538.

Cette disposition de l'ordonnance de 1667 était reproduite dans le projet de Code civil, dont l'article 29 était ainsi conçu : « Les jugements contradictoires, définitifs ou de « provision emportent hypothèque du jour de leur prononciation. Ceux par défaut n'emportent hypothèque que du « jour de leur signification. »[1]

Le texte définitif de l'article 2123 rejette cette distinction, et c'est avec raison, selon nous : de la rapidité avec laquelle l'inscription d'hypothèque judiciaire sera prise dépend souvent le résultat pratique de cette inscription, et il ne peut pas se faire que le silence calculé du débiteur défaillant retarde une mesure conservatoire des droits de son créancier.

Observons toutefois que le résultat de l'hypothèque prise en vertu d'un jugement par défaut est subordonné au sort définitif de ce jugement, et, s'il est réformé sur opposition, l'hypothèque s'évanouira avec le jugement qui l'avait motivée.[2]

898. — L'hypothèque judiciaire est attachée aux jugements en premier ressort comme aux jugements en dernier ressort : l'article 2123 ne distingue pas entre ces deux sortes de jugements, d'où il suit que les uns comme les autres donnent naissance à une hypothèque qui peut être immédiatement inscrite, avant que le jugement en premier ressort soit devenu définitif.

L'ordonnance de Moulins, dans son article 53, renfermait une disposition contraire : « Dès lors et en l'instant de la « condamnation donnée *en dernier ressort*, et du jour de la « prononciation, sera acquis à la partie droict d'hypothè- « que sur les biens du condamné, pour l'effect et exécution « du jugement ou arrest par lui obtenu. » Mais, sur les remontrances du Parlement de Paris, cette règle de l'ordonnance fut modifiée par la déclaration du 10 juillet 1566, article 11 : « En ajoutant pareillement, sur la remontrance

[1] Fenet, XV, p. 217.

[2] Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 596.

« de ladite Cour à l'article 53, ordonnons que l'hypothèque « sur les biens du condamné aura lieu et effect *du jour de « la sentence*, si elle est confirmée par arrest, ou que d'icelle « il n'y ait appel. »

Le Code a adopté le système de la déclaration de juillet 1566, et nous croyons que le législateur a bien fait, par le motif que nous venons de donner à propos des jugements par défaut : il ne faut pas que la persistance du débiteur à soutenir un mauvais procès nuise aux droits du créancier, qui se trouveraient compromis si son hypothèque ne remontait qu'à la date de la décision en dernier ressort.

Donc, si un jugement par défaut est confirmé sur opposition, ou si un jugement est maintenu sur appel, ou est devenu définitif par l'acquiescement ou l'expiration des délais d'appel, l'hypothèque prendra rang du jour de son inscription, si elle a été inscrite après le jugement par défaut ou en premier ressort ;[1] et le créancier pourra prendre inscription en vertu de ces décisions, même après qu'elles ont été frappées d'opposition ou d'appel.[2]

899. — Les jugements *d'expédient* ou *placités* produiront hypothèque aussi bien que les jugements rendus après une contradiction réelle de la part du débiteur : ils sont en effet des décisions mettant fin à un litige entre les parties, et donnant au créancier le titre exécutoire auquel il a droit. Il importe peu que le débiteur ne se soit pas défendu, et que, reconnaissant le bien fondé de la demande du créancier, il ait consenti à laisser prendre jugement contre lui : cette absence de résistance à une demande fondée ne modifie pas les effets du jugement à intervenir.[3]

[1] Tribunal de Cahors, 18 décembre 1895, *France judiciaire,* 96, II, 223. — *Compar.* Cassation, 31 décembre 1867, Sirey, 68, I, 99, et Dalloz, 68, I, 219.

[2] Chambéry, 22 décembre 1879, Sirey, 80, II, 241, et *France judiciaire,* 79-80, II, 294 ; Tribunal d'Evreux, 28 décembre 1894, *Pandectes françaises,* 95, II, 168.

[3] Merlin, Répert., V° *Hypothèque,* sect. II, § III, art. V, n° 2;

Nous n'admettrions même pas la restriction que propose M. de Vareilles-Sommières :

« Il y a, dit-il, un danger à éviter et un tempérament à « admettre : si les parties avaient fait un procès pour obte- « nir un jugement d'expédient et créer par là une hypothè- « que générale, le tribunal ne devrait pas prêter son con- « cours à cette violation de la loi. »[1]

A notre avis, quand même le tribunal aurait la preuve qu'avant le début de l'instance les parties étaient d'accord pour arriver à un jugement d'expédient et pour donner ainsi au créancier une hypothèque générale, il n'en devrait pas moins prononcer le jugement sollicité, car il n'y a là aucune violation de la loi. Le créancier n'a pas de titre, sa créance est exigible : il va trouver le débiteur, et déclare qu'il lui donnera du temps pour se libérer s'il consent à lui laisser prendre un jugement de condamnation, créant à son profit le double avantage de l'hypothèque et de la force exécutoire : le débiteur y consent, et la justice est saisie de la demande ; il n'y a là aucune violation de la loi. Quant aux inconvénients résultant de la généralité de l'hypothèque qui va naître du jugement, ils viennent de l'organisation même de l'hypothèque judiciaire, et non de l'accord des parties.

Aussi croyons-nous que le tribunal ne doit examiner qu'un seul point, la sincérité de la dette alléguée par le créancier et non contestée par le débiteur ; et, du moment où il aura constaté cette sincérité, il devra condamner le débiteur.

900. — L'hypothèque prise en vertu d'un jugement qui peut être annulé, par exemple parce qu'il est rendu par des juges incompétents, n'en grève pas moins les immeubles du débiteur, tant que la nullité n'en est pas prononcée.

On a soutenu, il est vrai, qu'il fallait distinguer entre l'in-

Persil, *Régime hypothécaire,* article 2123, n° 11 ; de Vareilles-Sommières, *De l'Hypothèque judiciaire,* p. 58-60 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1239.

[1] *Op. et Loc. citat.*

compétence relative, tenant à la personne du débiteur ou au taux du litige, et l'incompétence absolue, tenant à la matière même de la contestation; d'après cette théorie, l'hypothèque existerait dans le premier cas, non dans le second. Le motif que l'on en donne est que, en dehors des limites de la matière de sa compétence, le juge n'est plus qu'une personne privée, dont les décisions ne peuvent produire d'hypothèque.[1]

Nous croyons que cette opinion doit être repoussée. En principe, tout jugement produit hypothèque, qu'il puisse être ou non réformé ultérieurement; il en est ainsi, comme nous l'avons vu, des jugements par défaut et des jugements rendus en premier ressort, il en doit être de même des jugements rendus par un juge incompétent, même à raison de la matière. Ces jugements sont susceptibles comme les autres d'acquérir l'autorité de la chose jugée, s'ils ne sont pas réformés dans les délais et par les voies indiquées par la loi : ils doivent donc, comme tout jugement, produire immédiatement hypothèque, sauf à ce que cette hypothèque soit privée d'effet, si le jugement est lui-même annulé.[2]

901. — Pour qu'un jugement puisse donner naissance à l'hypothèque, il faut qu'il constate à la charge de l'une des parties une obligation dont l'hypothèque garantira l'exécution.

Il importe peu que l'obligation consiste dans le paiement d'une somme d'argent, ou dans une prestation ou un fait à accomplir ou à ne pas accomplir: s'il s'agit d'une condamnation à une somme d'argent, l'hypothèque en garantira le paiement; et, s'il s'agit d'une condamnation à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose, l'hypothèque servira de ga-

[1] Merlin, Répert., V° *Hypothèque,* sect. II, § II, art. 4; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 445.

[2] Toulouse, 24 février 1821, Dalloz, Répert. alphab., V° *Privilèges et Hypothèques,* n°s 1141 et 1160 2°; Alger, 16 février 1880, Sirey, 81, II, 107. — Persil, *Régime hypothécaire,* article 2123, n° 6; Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 197; Aubry et Rau, III, § 265, texte et note 17, p. 255; Pont, *Des Hypothèques,* II, n° 578.

rantie pour les dommages et intérêts qui seraient le résultat de l'inexécution de l'obligation du débiteur condamné.[1]

902. — Il n'est pas nécessaire, pour qu'un jugement emporte hypothèque, qu'il prononce une condamnation immédiate contre le débiteur : il suffit qu'il proclame la dette et qu'il contienne le germe d'une condamnation ultérieure, future ou même simplement éventuelle. Il est nécessaire, dans le système de la loi, que l'exécution des mesures que ce jugement avant faire droit va prescrire soit garantie, et elle le sera par l'hypothèque qui a pour but d'assurer l'exécution de toutes les décisions judiciaires.

Il en sera ainsi, par exemple, des décisions suivantes : le jugement condamnant l'une des parties à rendre un compte, au moins lorsque l'obligation de rendre compte est contestée par celle-ci ;[2] le jugement condamnant à faire un remboursement non pas en argent, mais en créance à liquider;[3] la décision nommant un associé comme liquidateur, et le chargeant d'opérer des recouvrements, et d'en tenir compte pour partie à son associé ;[4] le jugement condamnant une société minière à contribuer, pendant un certain temps, avec une autre société au paiement de travaux nécessités par l'invasion des eaux dans le périmètre de ces deux sociétés.[5]

903. — Nous croyons qu'il faut aller plus loin, et décider que, même si le principe de l'obligation de rendre compte n'est pas contesté, le jugement qui ordonne la red-

[1] Cassation, 4 juin 1828, Sirey, C. N., IX, I, 106 ; Cassation, 5 novembre 1862, Sirey, 63, I, 261. — Merlin, RÉPERT., V° *Hypothèque,* sect. II, art. V, n° 3 ; Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 201 ; Troplong, *Des Hypothèques,* II, n°s 438 et 442 *bis ;* Aubry et Rau, III, § 265, texte et note 18, p. 255.

[2] Montpellier, 7 janvier 1837, Sirey, 38, I, 415 ; Montpellier, 2 juin 1841, Sirey, 42, II, 65 ; Cassation, 23 mars 1868, Sirey, 68, I, 154, et Dalloz, 68, I, 423.

[3] Cassation, 31 décembre 1867, Sirey, 68, I, 99, et Dalloz, 68, I, 219.

[4] Cassation, 19 août 1878, Sirey, 79, I, 29, et Dalloz, 79, I, 264.

[5] Cassation, 20 novembre 1895, Dalloz, 96, I, 163, et *Pandectes françaises,* 1896, I, 286.

dition de compte emporte hypothèque, et que cette hypothèque garantit le paiement du reliquat qui pourra être dû par le rendant-compte.

Cette solution est controversée, et une opinion soutient que s'il peut être pris hypothèque en vertu du jugement ordonnant la reddition d'un compte, cette hypothèque ne garantit que les dommages et intérêts qui pourront être dus par la non reddition du compte, mais, si le compte est rendu, elle ne peut servir à assurer le paiement du reliquat. En effet, dit-on, l'obligation de payer le reliquat ne résulte pas du jugement qui ordonne la reddition du compte; à ce moment, on ne sait pas s'il y aura un reliquat, et s'il y en a un, il faudra un autre jugement ou un exécutoire du juge commissaire pour contraindre le débiteur à le payer. Le premier jugement ne fait qu'une chose : il rend la partie condamnée débitrice d'un compte, et l'hypothèque prise en vertu de ce jugement ne protège que cette obligation. Lorsqu'elle est remplie par la reddition d'un compte, il a été satisfait au jugement, et l'hypothèque doit disparaître, sauf à l'ayant-compte à assurer par d'autres moyens le paiement de ce qui lui restera dû.[1]

904. — Ces objections doivent, à notre avis, être écartées.

Notre point de départ est celui-ci : tout jugement qui constate à la charge de l'une des parties le germe d'une obligation et prescrit des mesures pour la liquider doit être garanti par l'hypothèque, et cette hypothèque doit servir à assurer le paiement de la dette qui se trouvera finalement constatée. S'il en était autrement, le mauvais vouloir du débiteur, son retard à reconnaître les éléments dont sa dette se compose mettraient le créancier dans l'impossibilité de se faire payer : en attendant la liquidation de la créance, le débiteur devien-

[1] Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 439 ; Valette, *Mélanges,* I, p. 378-379 ; de Vareilles-Sommières, *De l'Hypothèque judiciaire*, p. 70 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1232.

dra ou se rendra insolvable, et quand le créancier pourra prendre un jugement de condamnation emportant hypothèque, il sera trop tard. Telle ne peut être la portée de l'article 2123, qui, en autorisant l'hypothèque en vertu des jugements en premier ressort ou par défaut, montre bien que du moment où apparaît dans une décision judiciaire le germe d'une condamnation ultérieure, l'hypothèque doit y être attachée. Ce système est d'ailleurs tout à fait rationnel : si un reliquat est dû, le paiement en sera garanti par une hypothèque à partir du moment où le créancier a obtenu un jugement contraignant le débiteur à remplir ses obligations, et, s'il ne doit pas y en avoir, il dépend du rendant-compte de se débarrasser de l'hypothèque qui grève ses biens en se hâtant de rendre le compte dû par lui.[1]

905. — En matière de saisie-arrêt, le jugement qui prononce la validité de la saisie-arrêt entraîne hypothèque judiciaire d'abord sur les biens du tiers saisi, à concurrence de la somme pour laquelle la saisie-arrêt est validée et le tiers saisi reconnu débiteur. Vis-à-vis du tiers saisi, la question ne peut être douteuse, car le jugement de validité, en appropriant le saisissant des sommes saisies-arrêtées, vaut titre à son profit contre le tiers saisi, qui devient débiteur des causes de la saisie : c'est donc, entre eux, un jugement de condamnation qui intervient et qui doit entraîner hypothèque.[2]

[1] Lyon, 11 août 1809, Sirey, C. N., II, II, 123 ; Cassation, 21 août 1810, Sirey, C. N., III, I, 229 ; Paris, 16 mars 1822, Sirey, C. N., VII, II, 42 ; Cassation, 4 août 1825, Sirey, C. N., VIII, I, 169 ; Colmar, 26 juin 1832, Sirey, 32, II, 650 ; Paris, 12 décembre 1833, Sirey, 34, II, 103 ; Cassation, 16 février 1842, Sirey, 42, I, 714 ; Cassation, 19 août 1878, Sirey, 79, I, 29, et Dalloz, 79, I, 264. — Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2123, n° 12 ; Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 201 ; Duranton, XIX, n° 307 ; Aubry et Rau, III, § 265, texte et note 20, p. 256 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 574.

[2] Cassation, 20 mai 1839, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 1121.

Mais nous croyons qu'il doit en être de même à l'égard du débiteur saisi, si sa dette est exigible, et que le créancier peut aussi prendre hypothèque sur ses biens en vertu du jugement de validité.

On a objecté, contre cette théorie, qu'à l'égard du débiteur saisi le jugement de validité n'est que de pure forme : c'est contre le tiers saisi qu'il est dirigé. Entre le débiteur saisi et le saisissant, il équivaut à une cession volontaire de la créance du saisi sur le tiers saisi ; en ce qui concerne la créance du saisissant sur le débiteur saisi, le jugement de validité ne fait que s'y référer, et il ne suffit pas d'une référence dans un jugement à une obligation préexistante pour dire que cette obligation sera garantie par une hypothèque judiciaire.[1]

La réponse à ces objections nous paraît assez facile. Pour arriver à prononcer au profit du saisissant la validité de la saisie-arrêt et l'emport des deniers saisis-arrêtés, le jugement doit d'abord décider qu'il est créancier du débiteur saisi : les effets de la saisie-arrêt contre le tiers saisi ne sont qu'une conséquence de cette première décision. Ce jugement renferme donc au profit du créancier qui l'obtient un double titre : l'un contre le saisi, qui est jugé débiteur de la créance du saisissant, et l'autre contre le tiers saisi, qui est condamné à payer sa propre dette aux mains du saisissant ; il doit donc donner naissance à une double hypothèque, l'une sur les biens du tiers saisi, l'autre sur les biens du débiteur saisi. Il en serait certainement ainsi si le débiteur avait pris une part active à la procédure de saisie-arrêt, qu'il eût soutenu ne pas être débiteur, et que le jugement eût dit à tort sa résistance et proclamé sa dette ; mais son abstention ne peut produire un autre résultat. Un jugement par défaut produit, au point de vue hypothécaire, les mêmes effets qu'un jugement contradictoire ; de même le jugement de validité de saisie-arrêt emportera hypothèque contre le

[1] Tribunal de Saint-Gaudens, 10 février 1879, sous Cassation, 1er août 1881, Sirey, 82, I, 337.

débiteur saisi, qu'il se soit ou non défendu, car dans les deux cas sa dette sera constatée judiciairement.[1]

Il en sera ainsi même pour la partie de la dette que le tiers saisi n'a pas été condamné à payer immédiatement, parce que les sommes par lui dues ne sont pas actuellement exigibles : le montant total de la dette n'en a pas moins été reconnu à la charge du débiteur saisi, et l'hypothèque grèvera ses biens pour la totalité de cette somme.[2]

906. — En matière de partage, soit de succession, soit de société, les jugements qui se bornent à ordonner le partage et la liquidation des biens et droits indivis ne peuvent emporter hypothèque : ces jugements ne contiennent aucune condamnation, ni même la constatation d'aucune dette à la charge de l'un ou de l'autre des copartageants, ils se bornent à ordonner une mesure d'instruction pour arriver à la constatation ultérieure des droits des parties. Il en sera ainsi du jugement qui, sur la demande de l'un des cohéritiers, renvoie devant un notaire pour y être procédé à la liquidation et au partage de la succession, ou qui, en matière de société, en prononce la dissolution et en ordonne la liquidation.[3]

Mais, une fois le partage opéré et la liquidation des droits des parties faite, le jugement qui homologue la liquidation emportera hypothèque pour les sommes dont l'un des copartageants est reconnu débiteur : cette hypothèque peut, dans certains cas, être plus utile au copartageant créancier que son privilège, et, dans tous les cas, elle doit résulter du

[1] Cassation, 1er août 1881, Sirey, 82, I, 337, et *Note* de Lacointa ; Dalloz, 82, I, 416 ; et *France judiciaire,* 82, II, 192.

[2] Rennes, 12 janvier 1891, Dalloz, 92, II, 24.

[3] *Sic,* en matière de succession, Cassation, 18 avril 1855, Sirey, 55, I, 361, et Dalloz, 55, I, 258 ; Cassation, 22 février 1864, Sirey, 64, I, 418, et Dalloz, 64, I, 276 ; Nîmes, 4 mai 1887, *Pandectes françaises,* 88, II, 334 ; et, en matière de société, Cassation, 8 décembre 1857, Sirey, 58, I, 443, et Dalloz, 58, I, 87. — Aubry et Rau, III, § 265, texte et notes 22 et 23, p. 256 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 575 ; de Vareilles-Sommières, *De l'Hypothèque judiciaire,* p. 76 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1228.

jugement qui constate à son profit une créance contre l'un des autres copartageants.[1]

907. — Pour qu'un jugement emporte hypothèque judiciaire, il suffit, avons-nous dit, qu'il contienne le germe d'une condamnation éventuelle contre l'une des parties ; mais il faut au moins qu'il contienne ce germe, et les jugements qui se borneront à prescrire une mesure d'instruction, sans préjuger la question de savoir laquelle des parties sera reconnue débitrice de l'autre, ne produiront pas d'hypothèque. L'hypothèque est l'accessoire d'une créance : cette créance peut n'être qu'éventuelle ou conditionnelle, mais s'il n'y a pas de créance du tout, si le jugement qui statue est un jugement simplement préparatoire, l'hypothèque ne peut exister.

Ainsi n'emporteront pas hypothèque le jugement qui renvoie les parties devant un arbitre ou un expert chargé d'apurer des comptes ;[2] celui qui ordonne une expertise[3] ou une mise en cause ;[4] celui qui prescrit une rectification de compte, quand la partie contre laquelle le jugement est rendu n'est ni mandataire, ni comptable de celui qui l'a obtenu ;[5] le jugement qui déclare mal fondée la demande en revendication d'un fonds de commerce dont le revendiquant est en possession.[6]

A un autre point de vue, l'hypothèque ne résultera pas du jugement qui nomme des experts en vue de constater la plus-value conférée à un immeuble par un entrepreneur qui veut obtenir le privilège de l'article 2103. Ce jugement

[1] Paris, 20 novembre 1862, Dalloz, 62, II, 203.

[2] Paris, 26 décembre 1844, Sirey, 45, II, 173 ; Cassation, 8 décembre 1857, Sirey, 58, I, 443, et Dalloz, 58, I, 87 ; Cassation, 6 mai 1868, Sirey, 68, I, 391, et Dalloz, 68, I, 316 ; Riom, 22 décembre 1886, Dalloz, 87, II, 230.

[3] Paris, 4 janvier 1868, Dalloz, 68, II, 136.

[4] Toulouse, 30 juin 1840, Dalloz, Répert. alphab., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 1114.

[5] Bourges, 31 mars 1830, Sirey, c. n., IX, II, 425.

[6] Cassation, 17 janvier 1844, Sirey, 44, I, 419.

a plus que le caractère d'un simple jugement préparatoire, il préjuge que le propriétaire du sol va être débiteur, et, à ce point de vue, il contient le germe d'une condamnation ultérieure, et il pourrait emporter hypothèque. Mais le législateur a organisé d'une façon spéciale le droit des entrepreneurs, il leur accorde un privilège sous certaines conditions et dans certaines limites, et il ne leur est pas loisible de le transformer en une hypothèque judiciaire générale.[1]

908. — Il ne suffit pas, pour qu'un jugement emporte hypothèque, qu'il *mentionne* une obligation à la charge de l'une des personnes qui sont parties au débat, il faut qu'il *décide* que cette obligation existe, soit parce que l'existence de l'obligation est la base même du procès, soit parce que la chose ou la mesure demandée ne peut être accordée qu'après constatation préalable de l'existence de l'obligation ; c'est ce qui arrive dans l'hypothèse que nous avons citée de l'instance en validité de saisie-arrêt, où la validité ne peut être prononcée qu'après reconnaissance de la dette de la partie saisie. Mais si, au lieu de cette *décision*, il n'y a qu'une *énonciation* dans les motifs du jugement ou de l'arrêt, énonciation qui n'a donné lieu à aucun débat, il n'y a plus de chose jugée à protéger, et l'hypothèque n'existera pas.[2]

909. — Après avoir indiqué que l'hypothèque judiciaire résulte des jugements, l'article 2123 ajoute :

« Elle résulte aussi des reconnaissances ou vérifications « faites en jugement, des signatures apposées à un acte « sous seing privé. »

Cette disposition de l'article 2123 est empruntée à l'article 3 de la loi du 11 Brumaire an VII, qui, après avoir dit que « l'hypothèque existe pour la créance résultant d'une « condamnation judiciaire », ajoutait qu'elle existe aussi « pour la créance qui résulte d'un acte privé dont la si- « gnature aura été reconnue ou déclarée telle par un « jugement ».

[1] Bordeaux, 26 mars 1834, Sirey, 34, II, 373.

[2] Cassation, 4 août 1879, Sirey, 80, I, 59, et Dalloz, 81, I, 174.

La portée de l'article 2123 en ce point a été restreinte par la loi du 3 septembre 1807, dont l'article 1er est ainsi conçu :

« Lorsqu'il aura été rendu un jugement sur une demande « en reconnaissance d'obligation sous seing privé, formée « avant l'échéance ou l'exigibilité de ladite obligation, il ne « pourra être pris aucune inscription hypothécaire, en « vertu de ce jugement, qu'à défaut de paiement de l'obli- « gation après son échéance ou son exigibilité, à moins « qu'il n'y ait eu stipulation contraire. »

L'article 2 de la loi complète cette restriction à l'article 2123 en décidant que les frais de jugement ne sont dus par le débiteur que s'il a dénié sa signature, et que les frais d'enregistrement ne seront à sa charge que dans ce cas de dénégation, ou encore s'il refuse de se libérer après l'échéance ou l'exigibilité de la dette.

910. — Malgré ces palliatifs de la loi de 1807, la disposition de l'article 2123 dont nous nous occupons nous paraît nettement mauvaise, et nous nous associons tout à fait aux critiques qui en ont été faites, lors de l'enquête de 1841 sur la réforme hypothécaire, par la Faculté de Strasbourg[1] et surtout par la Faculté de Paris.[2] Nous allons reproduire les observations de la Faculté de Paris, qui montrent d'une façon saisissante les inconvénients de l'hypothèque attachée aux reconnaissances de signature faites en justice :

« On ne conçoit pas que la seule constatation authentique « de l'existence d'une dette puisse donner naissance à une « hypothèque générale, c'est-à-dire à l'une des plus dan- « gereuses et des plus gênantes pour le débiteur, tandis « que le contrat ne concédait au créancier et ne pouvait « même lui concéder, à raison de la forme de l'acte, aucune « espèce de garantie hypothécaire. Sans doute, la loi du « 3 septembre 1807 a diminué notablement les abus qui « résultaient de l'article 2123 du Code, en décidant que si

[1] *Documents relatifs au régime hypothécaire,* III, p. 284-285.
[2] *Op. citat.,* III, p. 278-279.

« la créance vérifiée ou reconnue en justice est condition-
« nelle ou à terme, l'inscription hypothécaire ne pourra être
« prise qu'après l'événement de la condition ou l'échéance
« du terme. Mais il ne reste pas moins dans la législation
« actuelle cette bizarrerie, qu'un créancier muni d'un sim-
« ple acte sous seing privé est dans une position plus avan-
« tageuse qu'un autre créancier pourvu d'un acte notarié ;
« puisque le premier, en faisant par avance vérifier son
« titre en justice, peut, sans avoir obtenu de condamnation
« proprement dite, prendre inscription dès que sa créance
« est devenue exigible, faculté dont le second est entière-
« ment privé. D'ailleurs, cette loi de 1807, en permettant
« des *stipulations contraires* à ce qu'elle décide, ouvre mal
« à propos aux parties un moyen facile de déroger indirec-
« tement à la règle salutaire de la spécialité des hypothè-
« ques. Cette hypothèque générale, accordée au créancier
« qui n'a pas obtenu de jugement de condamnation, est
« une tradition mal à propos conservée de l'ancienne juris-
« prudence, suivant laquelle toute dette constatée authen-
« tiquement était hypothécaire, ce qui a été abrogé par le
« Code en matière d'actes notariés. »

910 I. — La loi du 3 septembre 1807 ne doit pas être étendue en dehors de l'hypothèse spéciale qu'elle prévoit : elle ne restreint la règle de l'article 2123, d'après laquelle l'hypothèque s'attache à tout jugement de condamnation, que dans un cas, « lorsqu'il aura été rendu un jugement « *sur une demande en reconnaissance d'obligation* sous « seing privé, formée avant l'échéance ou l'exigibilité de la- « dite obligation. »

Aussi approuvons-nous une décision de la Cour de Rennes, qui a jugé que la loi de 1807 était inapplicable dans l'hypothèse suivante : le créancier pratique une saisie-arrêt pour des sommes dont une partie seulement est exigible, et le jugement qui intervient condamne le tiers saisi à payer au saisissant tant les sommes échues que celles qui ne le sont pas, au fur et à mesure de leur échéance. Une telle dé-

cision n'intervient pas sur « une demande en reconnaissance « d'obligation », et, comme elle constate l'existence d'une obligation au profit du saisissant, elle autorise celui-ci à prendre inscription pour toute la créance sur les immeubles du saisi.[1]

911. — Pour que l'hypothèque soit attachée à la reconnaissance ou vérification faite en jugement des signatures apposées à un acte, l'article 2123 indique qu'il doit s'agir d'un « acte *obligatoire* ». Par ces expressions, la loi exige que l'acte soit en lui-même un acte valable, et rien n'est plus légitime qu'une telle exigence : si l'acte est nul, la reconnaissance ou la vérification des signatures qui y sont apposées ne lui donne pas la validité qui lui manque, et, s'il est déjà grave de faire produire hypothèque à un acte sous seing privé valable, parce que les signatures en sont reconnues ou vérifiées, il serait excessif de donner un tel effet à un acte nul.

Nous trouvons dans la jurisprudence une application intéressante de ce principe : l'hypothèque judiciaire a été refusée non à un acte absolument nul, ce qui va de soi en présence des termes de l'article 2123, mais à un acte qui pouvait servir de commencement de preuve par écrit. Il a été jugé avec raison que, tant que le juge n'avait pas reconnu à cet acte le caractère de commencement de preuve par écrit, et ne l'avait pas fait compléter par des témoignages ou des présomptions pour lui donner une complète validité, cet acte n'était pas par lui-même un « acte *obliga-* « *toire* », et l'hypothèque prise après la reconnaissance de la signature a été à bon droit annulée.[2]

912. — L'hypothèque judiciaire s'attache de plein droit, par le seul effet de la loi, aux décisions de justice qui constatent l'existence d'une créance au profit de l'une des parties contre l'autre.

De cet effet naturel et nécessaire des jugements vont découler plusieurs conséquences.

[1] Rennes, 12 janvier 1891, Dalloz, 92, II, 24.
[2] Tribunal de Douai, 31 mai 1879, Dalloz, 81, III, 40.

En premier lieu, la partie reconnue débitrice ne peut se plaindre de ce que le jugement, en constatant l'existence de sa dette, ait ajouté que cette dette serait garantie par l'hypothèque judiciaire : cette mention, inutile, car elle n'ajoute rien à l'effet du jugement, ne cause aucun grief à la partie condamnée, dont la situation reste la même que si le jugement s'était borné à la reconnaître débitrice. Dans les deux cas en effet il y a lieu à hypothèque judiciaire.[1]

En second lieu, le débiteur ne peut, en reconnaissant la signature par lui apposée au pied de l'acte qui constate sa dette, s'opposer à ce que le jugement à intervenir produise hypothèque. Cette hypothèque est une conséquence légale du jugement, et il ne peut dépendre du débiteur de la supprimer.[2]

913. — Toutefois, si l'hypothèque s'attache aux jugements de condamnation par un effet naturel de ces jugements, il est loisible au créancier en faveur duquel l'hypothèque est créée d'y renoncer.

Tout le monde l'admet, en tant qu'il ne s'agit que d'une renonciation temporaire : le créancier déclare, lors du jugement, qu'il s'engage à ne pas inscrire son hypothèque pendant un temps déterminé, et le jugement lui donne acte de cet engagement. Cette déclaration constitue une stipulation valable, de l'avis unanime, car l'hypothèque n'est instituée que dans l'intérêt privé du créancier, et chacun peut renoncer aux avantages légaux ou conventionnels créés en sa faveur.[3]

Mais une opinion soutient que, si le créancier déclare renoncer d'une façon absolue à l'hypothèque qui doit résulter pour lui du jugement de condamnation, les juges ne doi-

[1] Cassation, 17 décembre 1894, *Pandectes françaises,* 96, I, 53.

[2] Bruxelles, 9 janvier 1807, Sirey, C. N., II, II, 187. — Pont, *Des Hypothèques,* I, n° 590.

[3] Orléans, 15 février 1854, Dalloz, 55, V, 247 ; Cassation, 20 juin 1854, Sirey, 54, I, 476, et Dalloz, 55, I, 231. — Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 590 ; de Vareilles-Sommières, *De l'Hypothèque judiciaire,* p. 30 et suiv.

vent pas tenir compte de ce consentement : il s'agit en effet, dit-on, d'une sanction que la loi attache à la chose jugée, dans un intérêt d'ordre public, et le consentement des parties ne permet pas de la détruire.[1]

Nous croyons au contraire, avec M. de Vareilles-Sommières,[2] que cette renonciation du créancier est valable, et que les juges devront la consacrer et lui en donner acte, comme s'il s'agissait d'une renonciation temporaire à ce droit. L'hypothèque judiciaire a sans doute été créée dans le but d'assurer l'exécution des décisions judiciaires, mais elle n'en est pas moins introduite dans le seul intérêt du créancier, pour garantir le recouvrement de sa créance : ce créancier pourrait renoncer à sa créance, soit en n'en poursuivant pas le recouvrement, soit en en faisant remise expresse au débiteur ; il pourrait, après avoir introduit une action en reconnaissance de dette, la laisser périmer ou s'en désister ; il pourrait, après avoir obtenu un jugement de condamnation, ne pas inscrire l'hypothèque résultant à son profit de ce jugement. Nous ne voyons pas ce qu'il y a d'illicite pour lui à prendre un moyen terme, et à convenir avec son débiteur, au besoin à prix d'argent, qu'il conservera sa créance, mais qu'il laissera au débiteur son crédit en n'inscrivant jamais l'hypothèque à laquelle il a droit.

914. — L'hypothèque judiciaire existe, lors même que le créancier est armé d'un titre exécutoire : si la résistance du débiteur, fondée par exemple sur ce qu'il invoque une contre-lettre, a amené le créancier à discuter la valeur de son titre en justice, et qu'il intervienne une décision judiciaire pour en proclamer la validité et repousser les moyens de défense du débiteur, cette décision emportera hypothèque. Elle constate judiciairement l'existence d'une créance, et cela suffit, sans qu'il y ait à rechercher si cette créance résulte d'un titre sous seing privé ou d'un titre authentique.[3]

[1] Pont, *Op. et Loc. citat.*
[2] *Op. et Loc. citat.*
[3] Cassation, 13 décembre 1871, Dalloz, 72, I, 245.

SECTION III

De l'étendue et des effets de l'hypothèque judiciaire.

915. — L'hypothèque résulte de plein droit des jugements de condamnation, sans qu'il y ait besoin, comme nous l'avons dit, ni de demande du créancier, ni de déclaration du juge; le jugement de condamnation emporte hypothèque comme il emporte voie parée.

Elle s'attache d'ailleurs à tout jugement, « contradictoire « ou par défaut, définitif ou provisoire », comme le dit l'article 2123 ; aux jugements susceptibles d'appel comme aux jugements en dernier ressort.[1]

Comme elle n'est pas dispensée d'inscription, elle doit être inscrite pour produire effet : mais l'inscription peut être prise aussitôt après le jugement, sans qu'il y ait besoin de le signifier, qu'il soit contradictoire ou par défaut; sans attendre ni l'expiration du délai d'opposition ou d'appel, s'il est rendu par défaut ou en premier ressort, ni l'expiration du délai pendant lequel les jugements ne peuvent être exécutés ; sans s'arrêter même devant l'opposition formée ou l'appel interjeté. L'hypothèque résulte en effet du jugement lui-même, et, comme l'inscription à prendre pour la rendre opposable aux tiers est un acte à la fois conservatoire et urgent, le créancier devait avoir le droit de s'inscrire im-

[1] *Suprà,* Tome II, n° 898.

médiatement, pour se prémunir contre les actes que le débiteur pourrait faire en attendant le jugement définitif. Cette mesure ne nuit d'ailleurs à personne, l'hypothèque devant disparaître si le jugement est réformé.[1]

916. — L'hypothèque judiciaire, comme l'hypothèque légale, s'étend sur tous les biens présents et à venir du débiteur, et du moment où elle a été inscrite après le jugement, elle frappera les biens à venir à mesure qu'ils entreront dans le patrimoine du débiteur, sans qu'il soit besoin que le créancier prenne une inscription nouvelle à mesure des acquisitions faites par celui-ci. On ne comprendrait pas en effet l'utilité d'inscriptions successives ; la première inscription suffit pour révéler aux tiers intéressés et l'existence de l'hypothèque et sa généralité, qui résulte de la loi.[2]

917. — Faut-il, pour que l'inscription grève les biens que le débiteur acquerra par la suite, qu'elle ait été prise sur les biens *présents et à venir* de celui-ci, ou suffit-il qu'elle ait été prise sur *tous les biens* du débiteur ?

[1] Riom, 6 mai 1809, Sirey, C. N., III, II, 68 ; Bruxelles, 13 décembre 1810, Sirey, C. N., III, II, 369 ; Rouen, 7 décembre 1812, Sirey, C. N., IV, II, 211 ; Cassation, 19 décembre 1820, Sirey, C. N., VI, I, 358 ; Cassation, 29 novembre 1824, Sirey, C. N., VII, I, 573 ; Toulouse, 27 mai 1830, Sirey, 31, II, 50 ; Cassation, 19 juin 1833, Sirey, 33, I, 641 ; Rouen, 27 mai 1834, Sirey, 34, II, 579 ; Paris, 23 juillet 1840, Sirey, 40, II, 420 ; Bordeaux, 22 août 1854, Dalloz, 55, II, 123 ; Tribunal civil de Lombez, 2 décembre 1896, *Pandectes françaises,* 97, II, 206. — Merlin, Répert., V° *Hypothèque,* sect. II, § II, art. 3, n°s 2-3 ; Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2123, n°s 33-36 ; Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 194 ; Duranton, XIX, n° 338 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n°s 443 *bis* et *ter*, et 444 ; Aubry et Rau, III, § 265, texte et note 26, p. 258 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 596 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1237. — *Voir* toutefois Tribunal de la Seine, 2 avril 1897, *France judiciaire,* 97, II, 188.

[2] Cassation, 3 août 1819, Sirey, C. N., VI, I, 109 ; Metz, 23 avril 1823, Sirey, C. N., VII, II, 199. — Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 436 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 598.

Avant d'examiner cette question. nous ferons deux observations préalables. En premier lieu, le créancier peut, s'il le veut, restreindre son inscription aux biens présents, puisque nous avons constaté qu'il pouvait ne pas prendre d'inscription du tout ; et, par suite, l'hypothèque ne s'étendra pas aux biens à venir s'il apparaît, par la teneur de l'inscription, que le créancier a voulu la restreindre aux biens présents.[1] En second lieu, la prudence commande au créancier, puisque la question est controversée, et nous ne saurions trop le conseiller, de prendre inscription sur *tous les biens présents et à venir* du débiteur : avec une telle inscription le créancier est assuré d'avoir sauvegardé ses droits.

Mais, si l'inscription a été prise seulement sur *tous les biens* du débiteur, nous croyons que cela suffit, et qu'elle grève les biens dont le débiteur deviendra par la suite propriétaire dans l'arrondissement où l'inscription a été prise. Nul n'est censé renoncer à un droit : en prenant inscription sur « tous les biens » de son débiteur, le créancier doit être présumé avoir voulu conserver le droit que la loi lui donne, dans toute l'étendue où elle le lui donne. En vain dit-on qu'une telle inscription n'avertit pas suffisamment les tiers de l'étendue du droit du créancier : nous répondrons que du moment où il inscrit son hypothèque judiciaire sans la restreindre dans l'inscription qu'il prend, les tiers ne peuvent arguer de leur ignorance, car l'étendue de l'hypothèque résulte de la loi et il n'est pas nécessaire, à notre avis du moins, que le créancier rappelle dans l'inscription cette généralité.[2]

918. — Il est à peine besoin de dire, et nous ne le dirions pas si la question n'avait pas été discutée jusque devant la Cour de cassation, que l'hypothèque judiciaire, si étendue qu'elle soit, ne peut grever que les biens sur lesquels

[1] Cassation, 21 novembre 1827, Sirey, C. N., VIII, I, 704.

[2] *Contrà,* Limoges, 3 juin 1871, Sirey, 71, II, 84, et Dalloz, 72, II, 88.

le débiteur a acquis un droit de propriété ou d'usufruit. *L'éventualité* d'un droit en sa faveur ne suffit pas, il lui faut un droit actuel, il faut que le bien que l'on prétend grevé de l'hypothèque soit « le bien du débiteur ».[1]

919. — Le créancier dont le débiteur est marié sous le régime de la communauté, et qui a obtenu contre lui un jugement, soit avant le mariage, soit pendant la durée du mariage de celui-ci, a-t-il hypothèque sur les immeubles de la communauté dont son débiteur est le chef ?

La question peut se présenter dans trois hypothèses : le mari peut être condamné pendant le mariage pour une dette née depuis qu'il est marié ; il peut l'être pour une dette antérieure au mariage ; il peut enfin avoir contracté la dette et avoir été condamné à la payer antérieurement au mariage.

Dans le premier cas, lorsque la dette est née et que le jugement a été rendu pendant le mariage, il est certain que l'hypothèque frappe non seulement les biens personnels du mari, mais ceux de la communauté, et Pothier en donne très bien la raison :

« Le mari, qui avait en ce temps la qualité de chef de la « communauté, et qui est censé s'être obligé, ou avoir été « condamné envers eux (les créanciers), non seulement en « son propre nom, mais aussi en cette qualité, est censé « obligé par ces actes sous l'hypothèque de tous les biens « qu'il avait droit alors d'hypothéquer, et par conséquent « sous l'hypothèque de tous les immeubles de sa commu- « nauté présents et à venir, la qualité de chef de la com- « munauté qu'il avait lui donnant alors le droit d'en dis- « poser, de les aliéner, engager et hypothéquer tous irré- « vocablement, suivant l'article 225 de la coutume de Pa- « ris et suivant le droit commun. »[2]

La solution doit être la même aujourd'hui, par les mêmes

[1] Cassation, 23 février 1883, Sirey, 84, I, 275, et *Rapport* de Babinet.

[2] *De la Communauté*, n° 752.

motifs : comme l'article 225 de la coutume de Paris, l'article 1421 du Code civil reconnaît au mari le droit « de vendre, « aliéner et hypothéquer les biens de la communauté sans « le concours de la femme ». Il suit de là, comme nous l'avons établi,[1] que toute dette du mari est une dette de communauté, sauf récompense, s'il y a lieu, à la dissolution de la communauté ; et dès lors l'hypothèque attachée au jugement de condamnation grève les immeubles de la communauté au même titre que les immeubles du mari. Ces deux patrimoines, réunis dans une même main, n'en font qu'un lorsqu'il s'agit de l'exécution des engagements contractés par le mari pendant le mariage.[2]

920. — Dans la seconde hypothèse, celle où le mari a été condamné pendant le mariage au paiement d'une dette qu'il avait contractée auparavant, nous croyons que la solution doit être la même.

M. Troplong, invoquant, à tort selon nous, l'autorité de Pothier, admet bien que provisoirement l'hypothèque frappe les biens de la communauté ; mais, à la dissolution de la communauté, l'hypothèque devra se restreindre, dit-il, aux biens du mari, car, par le partage, il est censé n'avoir eu de propriété en son nom personnel que sur la portion à lui dévolue.[3]

Telle n'était pas, à notre avis, l'opinion de Pothier, qui, dans le passage que nous venons de citer, indique au contraire que le mari qui s'est obligé « ou *a été condamné* » au temps où il était chef de la communauté est censé s'être obligé ou « *avoir été condamné* » non seulement en son propre nom, mais en qualité de chef de la communauté : c'est précisément l'hypothèse que nous examinons. Le mari a été condamné à l'époque où il était chef de la communauté, il est donc, au dire de Pothier, condamné en cette qualité.

[1] *Voir* notre *Traité du Contrat de Mariage*, II, n° 743.

[2] Lyon, 16 juillet 1881, Dalloz, 82, II, 175. — Aubry et Rau, III, § 265, texte et note 27, p. 258 ; et notre *Traité du Contrat de Mariage*, III, n° 1336.

[3] *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 436 *ter*.

Cette solution est seule en harmonie avec le rôle du mari dans la communauté dont il est le chef, et avec la confusion qui s'établit sous ce régime entre les deux patrimoines, celui du mari et celui de la communauté réunis sous les mêmes pouvoirs. Le créancier qui, pendant la communauté, est devenu créancier du mari, par obligation ou par jugement, est devenu en même temps créancier de la communauté et son gage s'étend sur les biens de l'un et de l'autre. A la dissolution de la communauté, lorsque la femme prendra sa part des biens qui la composent, elle ne la prendra que dans l'état où elle est, grevée des dettes du mari et des hypothèques prises contre celui-ci.[1]

921. — Dans la troisième hypothèse, celle où le mari, débiteur avant le mariage, a été condamné avant le mariage, la question de savoir si l'hypothèque portera sur les conquêts de communauté est délicate et discutée.

La controverse était déjà née dans notre ancien droit. Pothier soutenait que l'hypothèque devait être restreinte, au moment du partage de la communauté, aux conquêts tombés dans le lot du mari :

« Il n'en est pas de même, dit-il, des créanciers envers « qui le mari s'est obligé avant le mariage. Quoiqu'il se « soit obligé envers eux sous l'hypothèque de tous ses « biens présents et à venir, lesdits créanciers n'ont aucun « droit d'hypothèque sur les conquêts échus à la femme « par le partage. Le mari n'a pu leur hypothéquer la part « de sa femme, n'y ayant que la qualité de chef de la com- « munauté, qu'il n'avait point encore, qui eût pu lui donner « le droit de la leur hypothéquer.

« On objectera qu'il suffit que le mari soit, depuis le con- « trat, devenu propriétaire de tous les conquêts de la com- « munauté pour le total, pendant un temps, pour que tous « lesdits conquêts aient été pour le total frappés de l'hypo- « thèque que le mari leur a constituée de tous ses biens

[1] Aubry et Rau, *Op. et Loc. citat.*, note 28.

« présents et à venir. Or le mari l'est devenu pendant le « temps de son mariage : donc tous lesdits conquêts sont « sujets à cette hypothèque, tant ceux échus à la femme « que ceux restés au mari.

« La réponse est que l'hypothèque ne peut avoir plus « d'étendue que n'en a le droit de propriété de celui qui l'a « constituée, et d'où elle dérive. Or le droit de propriété, « que celui qui a constitué cette hypothèque avait acquis « de tous les conquêts de sa communauté, était un droit « qui était de nature à se restreindre, par la dissolution et « l'acceptation de la communauté, à ceux qui lui écherraient « par le partage. Donc le droit d'hypothèque qu'il a consti- « tué sur lesdits biens auxdits créanciers doit pareillement « se restreindre à la part des conquêts qui lui est restée par « le partage. »[1]

Mais l'opinion contraire, d'après laquelle l'hypothèque continuait de grever les conquêts échus au lot de la femme, était admise par plusieurs jurisconsultes, notamment Lebrun et Bourjon :

« Si la veuve, dit Lebrun, a accepté la communauté et a « eu des conquêts en partage, on le peut poursuivre hypo- « thécairement et pour le tout, pour une dette mobilière « créée par son mari avant le mariage ; parce que cette dette « est entrée en communauté, et les conquêts y sont affec- « tés pour le tout. »[2]

Cette dernière solution était consacrée par l'article 190 de la coutume d'Orléans, relativement à l'hypothèque résultant des ventes et constitutions de rentes faites par le mari antérieurement au mariage.

922. — L'opinion de Pothier est défendue, sous l'empire du Code civil, par beaucoup de jurisconsultes. Par l'effet rétroactif du partage, qui remonte, dit-on, à l'époque à

[1] *De la Communauté,* n° 753.

[2] *De la Communauté,* Liv. II, chap. III, sect. III, n° 11. — *Sic* Bourjon, *Droit commun de la France,* Liv. III, tit. X, chap. VII, n° 9.

laquelle l'indivision a commencé, c'est-à-dire au mariage, la femme est censée avoir toujours été propriétaire des immeubles échus dans son lot, et, par suite, les hypothèques existant du chef du mari doivent disparaître. S'il en est autrement pour les hypothèques naissant de condamnations prononcées contre le mari au cours du mariage, cela tient à ce que la femme est censée avoir été représentée par le mari dans tous les actes ou dans toutes les instances où il figure comme chef de la communauté ; mais ce motif n'existe pas pour les condamnations antérieures au mariage, et le sort de l'hypothèque doit être réglé uniquement par l'effet rétroactif du partage.[1]

923. — Nous croyons, en ce qui nous concerne, que le système que soutenaient Lebrun et Bourjon est préférable, et que l'hypothèque doit subsister sur la part de conquêts mise au lot de la femme, par les raisons suivantes.

Aux termes de l'article 1409, la communauté se compose passivement « de toutes les dettes mobilières dont les « époux étaient grevés au jour de la célébration de leur « mariage ». La dette pour laquelle le mari a été condamné avant le mariage est donc devenue dette de communauté, au moment même du mariage, et, si le créancier en avait poursuivi l'exécution pendant sa durée, tout le monde reconnaît que ses droits auraient été garantis par une hypothèque judiciaire sur tous les immeubles de la communauté. La dissolution de cette communauté et le partage qui en est la conséquence ne peuvent pas modifier les droits du créancier, et la femme ne prend les conquêts à elle attribués que grevés des hypothèques consenties par le mari ou prises contre lui en exécution de jugements réguliers. Il ne peut y avoir de différence, à ce point de vue, entre un jugement antérieur au mariage et un jugement rendu pendant sa durée ; du moment où la dette garantie par cette décision ju-

[1] Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 436 *ter* ; Aubry et Rau, III, § 265, texte et note 29, p. 259 ; de Vareilles-Sommières, *De l'Hypothèque judiciaire,* p. 163 et suiv.

diciaire est devenue dette de communauté, les biens de la communauté y ont été affectés d'une manière définitive.[1]

924. — S'il s'agit de dettes de la femme antérieures au mariage, entrées en communauté commes celles du mari par application de l'article 1409, et si le créancier obtient jugement pendant la durée de la communauté, l'hypothèque résultant de ce jugement grèvera les immeubles de la communauté et les immeubles propres du mari, et continuera de les grever après la dissolution de la communauté. La dette de la femme est devenue une dette de communauté comme une autre, et le jugement pris pour la faire reconnaître doit produire l'effet de tout jugement obtenu contre le mari en sa qualité de chef de la communauté.

Mais, si le jugement est antérieur au mariage, l'hypothèque grèvera-t-elle, après la dissolution de la communauté, les immeubles acquêts échus au mari ? Oui, d'après Lebrun, qui assimile cette hypothèse à celle où la dette est une dette du mari, et où l'hypothèque est réclamée sur les conquêts échus à la femme.[2]

A notre avis, ce système doit être rejeté, et l'on doit décider que l'hypothèque résultant du jugement obtenu contre la femme, avant le mariage, ne grève pas les biens de communauté qui appartiendront au mari. L'opinion contraire nous paraît reposer sur une confusion : sans doute, par le fait du mariage de la femme sous le régime de la communauté, les dettes de la femme antérieures au mariage sont devenues *dettes de communauté*, mais non *dettes hypothécaires de communauté*. S'il en est autrement pour les dettes du mari, c'est à raison de la confusion qui s'établit par l'adoption de la communauté entre le patrimoine du mari et les biens communs : ce sont autant de « biens à venir » du mari, sur lesquels les hypothèques générales prises de son chef doivent porter. Mais, dans l'hypothèse que nous examinons,

[1] Duranton, XIX, n° 498 ; Valette, *Mélanges*, I, p. 396-397 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 593.

[2] *De la Communauté*, Liv. II, chap. III, sect. III, n° 11.

nous ne voyons pas comment un jugement pris contre la femme et une hypothèque inscrite contre elle pourraient avoir effet sur les biens communs.

925. — L'hypothèque judiciaire résulte aussi du jugement obtenu par le créancier porteur d'un titre exécutoire, lui conférant même une hypothèque spéciale. On a, il est vrai, essayé de soutenir que le créancier qui a un titre exécutoire n'a pas le droit d'agir en justice, la poursuite qu'il intente ne pouvant lui donner qu'un titre de même nature que celui qu'il a déjà.[1] Mais on doit, à notre avis, repousser ce système : sans doute un jugement est inutile au créancier pour obtenir la voie parée qu'il a déjà, mais il lui est utile pour obtenir une hypothèque, s'il n'en a pas, ou une hypothèque générale, s'il a déjà une hypothèque spéciale. Cette solution doit être adoptée, d'abord, si la résistance du débiteur, si une difficulté sur la portée du titre, sur l'époque de paiement, sur la fixation de la créance, sur l'obtention d'un terme de grâce, en un mot si une contestation quelconque entre le créancier et le débiteur rend nécessaire l'intervention de la justice ; le jugement qui interviendra alors produira une hypothèque générale, par application de la règle absolue de l'article 2123. Bien plus, n'y eût-il aucune contestation, le créancier peut, au lieu de poursuivre son débiteur, en vertu de son titre, l'assigner dans le but unique d'obtenir une hypothèque judiciaire. C'est un moyen plus doux que la saisie à laquelle il pourrait procéder, et nous ne voyons pas de principe de droit qui s'oppose à ce qu'il l'emploie.[2]

[1] Montpellier, 12 janvier 1832, Sirey, 32, II, 528.

[2] Riom, 25 mai 1816, Sirey, C. N., V, II, 147 ; Cassation, 23 (ou 29) avril 1823, Sirey, C. N., VII, I, 237 ; Bordeaux, 29 juillet 1824, Sirey, C. N., VII, II, 416 ; Cassation, 12 décembre 1824, Sirey, C. N., VII, I, 593 ; Nîmes, 5 janvier 1831, Sirey, 31, II, 94 ; Orléans, 17 mars 1837, Sirey, 37, II, 291 ; Paris, 10 août 1850, Dalloz, 51, II, 173 ; Colmar, 24 juillet 1851, Sirey, 52, II, 506, et Dalloz, 52, II, 294 ; Nancy, 8 mars 1854, Sirey, 54, II, 512, et Dalloz, 55, V, 202 ; Paris, 8 décembre 1854, Sirey, 54, II, 782 ; Paris, 15 mai 1865, Sirey, 65, II, 257. — Merlin, RÉPERT., V° *Titre con-*

926. — L'hypothèque judiciaire garantit non seulement le principal de la créance pour laquelle une condamnation est intervenue, mais aussi les accessoires de toute nature qui, comme le principal, forment l'objet de la condamnation et l'un des chefs du jugement : tels sont les intérêts de la somme due qui ont été demandés par le créancier, les dommages et intérêts qui ont pu lui être alloués, et enfin les frais de l'instance.[1]

927. — Si le débiteur contre lequel un jugement a été pris est tombé en faillite, l'hypothèque sera annulée de droit, par application de l'article 446 du Code de commerce, si elle a été prise depuis la cessation des paiements, ou dans les dix jours qui précèdent, pour dettes antérieurement contractées. Il nous suffit de signaler cette exception au droit commun, dont l'explication appartient à l'étude du Code de commerce, et non à celle de nos lois civiles.[2]

928. — Lorsqu'un jugement de condamnation est pris par le créancier d'une commune, ce jugement emportera-t-il hypothèque sur les biens du domaine privé de la commune ?

Non, répond une première théorie. Il est de principe essentiel, en droit administratif, que le créancier d'une commune ne peut user contre elle d'aucune voie d'exécution judiciaire ; et le seul moyen qu'il ait d'obtenir son paiement, si la commune se refuse à le faire, c'est de demander à l'administration supérieure l'inscription d'office de la créance au budget de la commune. Or, l'hypothèque prise sur les biens de la commune constituerait un véritable acte de poursuite judiciaire : alors que l'immeuble communal a été

firmatif, nos 3 et 4 ; Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 185 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 442 *quater* ; Valette, *Mélanges,* I, p. 386 ; Aubry et Rau, V, § 265, texte et notes 30, 31 et 32, p. 259-260 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 594.

[1] Aubry et Rau, III, § 265, p. 257.

[2] *Compar.* Cassation, 19 novembre 1872, Sirey, 73, I, 49, et Dalloz, 73, I, 425 ; Cassation, 18 février 1873, Sirey, 73, I, 397, et Dalloz, 74, I, 166 ; Cassation, 17 mai 1887, Dalloz, 87, I, 252.

aliéné avec l'autorisation administrative, dans le but spécial d'employer le prix au paiement d'une dette déterminée, l'hypothèque créerait au profit du créancier, par le droit de suite et le droit de préférence qu'elle engendre, un moyen de se faire payer à un moment inopportun pour le budget communal, sans observer les formalités prescrites, malgré la commune et malgré l'autorité administrative sous la tutelle de laquelle elle est placée. Le créancier de la commune ne peut avoir de droit de préférence, car il arriverait ainsi à se faire payer sans autorisation, ni de droit de suite, car, n'ayant pas d'action sur le bien communal tant qu'il est resté dans le domaine privé de la commune, il ne peut pas en avoir lorsque ce bien est acquis par un tiers, le droit de suite du créancier hypothécaire n'étant que la continuation du droit qu'il avait contre le débiteur principal.[1]

929. — Nous croyons au contraire que le jugement obtenu contre la commune devra emporter hypothèque judiciaire.

Nous constatons d'abord que le créancier de la commune, hypothécaire ou non, n'a certainement pas le droit de faire saisir et vendre les biens du domaine privé de sa débitrice, et qu'il ne peut se faire payer qu'en recourant à l'autorité supérieure. Mais ceci est absolument étranger à la question que nous examinons : le droit pour le créancier de faire saisir et vendre les biens de son débiteur appartient à tous les créanciers de celui-ci, aux termes des articles 2092 et 2093, et l'hypothèque ne donne, à ce point de vue, rien de plus au créancier. Si on admet avec nous l'existence de l'hypothèque judiciaire au profit du créancier de la commune, il n'en faudra pas moins lui refuser, comme à tout créancier, le droit de saisir les biens communaux.

La question ne présente donc d'intérêt qu'au point de vue du droit de préférence, et aussi, à notre avis,[2] au point de

[1] Tribunal de la Seine, 7 février 1895, *Pandectes françaises*, 96, II, 50. — Brémond, *Revue critique*, 1893, p. 645 et suiv.

[2] *Contrà*, Michoud, *Note*, Sirey, 1894, II, 1 et suiv.

vue du droit de suite : si le créancier a une hypothèque judiciaire, il aura le droit de porter une surenchère sur les immeubles aliénés par la commune ; le prix en sera distribué par voie d'ordre, et le créancier hypothécaire sera colloqué par préférence.

Voici les motifs qui nous déterminent à adopter cette solution.

Les biens faisant partie du domaine privé des communes sont dans le commerce, ainsi que les biens des particuliers, et ils peuvent être aliénés ou hypothéqués, avec l'autorisation administrative. Du moment où ces biens sont dans le commerce, comme les créanciers des communes ont les mêmes droits que ceux des particuliers, à moins que la loi ne les leur retire, le jugement rendu à leur profit doit produire sur ces biens l'effet que tout jugement produit sur les biens du débiteur.

L'existence de l'hypothèque ne porte aucun échec au principe d'après lequel le créancier d'une commune ne peut la poursuivre pour arriver au paiement de sa créance : l'hypothèque n'est point un acte d'exécution, mais un acte conservatoire. D'un autre côté, si le créancier arrive à se faire payer par voie d'ordre, sans avoir obtenu ni le consentement de la commune, ni l'intervention de l'autorité supérieure, il n'y arrive qu'à la suite d'un fait volontaire de la commune régulièrement autorisée, l'aliénation de son immeuble. Elle connaissait l'existence de l'hypothèque judiciaire grevant cet immeuble, il ne fallait pas l'aliéner si elle ne voulait pas être exposée à ce que le prix servît au paiement de ce créancier.

En résumé, on peut dire avec M. le conseiller Marignan, dans son remarquable rapport devant la Chambre des requêtes lors de l'arrêt du 18 décembre 1893, que les biens du domaine privé des communes, pouvant être aliénés, peuvent être grevés d'hypothèques conventionnelles ou judiciaires ; que l'inscription de ces hypothèques ne constitue pas un acte d'exécution violant les règles de la comptabilité

communale ; et que l'exercice du droit de préférence et du droit de suite du créancier hypothécaire, ne se faisant qu'après l'aliénation volontaire de l'immeuble communal, et ne produisant effet que vis-à-vis du tiers détenteur et des autres créanciers de la commune, n'est nullement incompatible avec les prérogatives que l'administration supérieure exerce quant au paiement des dettes des communes.[1]

930. — L'hypothèque judiciaire peut, comme les autres hypothèques générales, être réduite lorsqu'elle est excessive quant aux biens sur lesquels elle porte, eu égard à la créance qu'elle garantit : cette réduction, autorisée par les articles 2161 à 2163, sera examinée par nous dans la troisième partie de ce *Traité*, lorsque nous étudierons la théorie de la radiation et de la réduction des inscriptions.

[1] Agen, 18 juin 1892, *Pandectes françaises*, 93, II, 75, et sous Cassation, 18 décembre 1893, *infrà* ; Cassation, 18 décembre 1893, Sirey, 94, I, 456, et *Note* de Michoud ; Dalloz, 94, I, 97, et *Pandectes françaises*, 94, I, 425, et *Rapport* de M. le conseiller Marignan. — De Vareilles-Sommières, *De l'Hypothèque judiciaire*, p. 177-179.

CHAPITRE III

DES HYPOTHÈQUES CONVENTIONNELLES.

931. — Si l'hypothèque légale et l'hypothèque judiciaire peuvent être, en législation, l'objet de critiques, l'hypothèque conventionnelle doit, selon nous, échapper à toute critique : on peut discuter sur la nature des actes par lesquels on la constituera, sur ses conditions de publicité et de spécialité, mais nous croyons que son existence même doit être respectée, et que l'hypothèque, moyen excellent de crédit, doit être vue avec faveur.

Cependant, lors de la rédaction du Code civil, elle fut critiquée par le tribunal de Lyon, qui manifesta dans les termes suivants ses préférences pour la suppression complète de l'hypothèque :

« Peut-être l'hypothèque était-elle au nombre de ces ins-
« titutions vicieuses qu'il est impossible d'améliorer, et
« qu'il faut extirper absolument sans chercher inutilement
« à les régulariser.

« Si, en laissant subsister les hypothèques actuellement
« créées, on fût revenu pour l'avenir au système primitif;
« si, en conservant les privilèges du vendeur, du construc-
« teur, du colon, du propriétaire, et quelques autres dont
« la justice est démontrée par la cause des créances, on eût
« fait concourir tous les autres créanciers sur le prix des

« immeubles comme sur celui du mobilier, peut-être au-
« rait-ce été l'époque la plus heureuse pour la société,
« celle où l'agriculture fût devenue la plus florissante qui
« eût jamais existé. »

Puis le tribunal de Lyon trace le tableau de cet âge d'or qu'il rêve pour la société : chaque créancier a une part du patrimoine de son débiteur ; les immeubles sont vendus sans frais ; l'homme intelligent achète pour améliorer et revendre avec profit, le sol fertilisé est porté au plus haut degré de fécondité, et l'Etat « au dernier période de richesse « et de splendeur ».

... « C'est le retour au droit primitif, conclut le tribunal,
« et par conséquent à l'ordre naturel ; et lorsqu'on réfléchit
« à la marche simple et libre qu'il substituerait aux formes
« les plus compliquées et les plus litigieuses, aux fortunes
« qu'il conserverait, aux maux qu'il préviendrait, à l'acti-
« vité qu'il donnerait à l'agriculture et au commerce, on
« est affligé que des préjugés enracinés empêchent de le
« proposer ; mais peut-être les maux qui résultent si né-
« cessairement du régime hypothécaire, qu'il est impossi-
« ble à la législation la plus éclairée de les prévenir, y
« ramèneront un jour. »[1]

Les mêmes idées étaient exprimées par Portalis dans la séance du Conseil d'Etat du 7 Pluviôse an XII, observations qu'il terminait en ces termes :

« Le système le plus naturel et le plus simple est donc de
« laisser chacun veiller par lui-même à ses intérêts, et
« chercher principalement sa sûreté dans la moralité de
« ceux avec lesquels il contracte. »[2]

932. — Ce retour à l'âge d'or des affaires, préconisé par le tribunal de Lyon et par Portalis, n'a pas rencontré d'adhérents, et il devait en être ainsi : à partir du moment où le cercle des relations d'affaires s'est étendu et a dépassé la limite étroite des parents et des voisins les plus rappro-

[1] Fenet, IV, p. 216-217.
[2] Fenet, XV, p. 295.

chés, on a été amené à traiter non plus en vue des qualités morales du débiteur, mais des sûretés réelles qu'il offre et qui peuvent seules donner sécurité au créancier. Le régime hypothécaire amène certainement des complications et des difficultés qui ne se présenteraient pas si tous les créanciers étaient égaux ; mais il est la condition indispensable du crédit, dans une société civilisée, et la préoccupation unique du législateur doit être d'en simplifier les formes et d'en assurer le bon fonctionnement.

933. — Nous étudierons, à propos des hypothèques conventionnelles, les trois points suivants :

I. — *Des personnes qui peuvent consentir une hypothèque ;*

II. — *Des formes extrinsèques de l'acte contenant constitution d'hypothèque ;*

III. — *Des conditions intrinsèques de cet acte.*

SECTION I

Des personnes qui peuvent consentir une hypothèque.

934. — L'hypothèque peut être constituée soit par le débiteur lui-même, ce qui arrivera le plus souvent, soit par un tiers étranger à la dette. La validité de cette constitution d'hypothèque par un tiers est formellement reconnue par l'article 1020, qui suppose qu'un immeuble légué a été « hy- « pothéqué pour la dette d'un tiers », et détermine les effets de cette hypothèque. C'est ainsi qu'en matière de gage l'article 2077 prévoit aussi que le gage peut être donné « par « un tiers pour le débiteur ».

Comme nous l'avons dit dans notre *Traité du Cautionnement,*[1] cette hypothèque donnée pour autrui diffère du cautionnement en ce que celui qui la donne ne prend aucun engagement personnel, mais oblige seulement son immeuble au paiement de la dette. Nous en avons déduit cette conséquence, qui est d'ailleurs discutée, que le tiers qui hypothèque son fonds à la dette d'autrui ne peut invoquer le bénéfice de l'article 2037.[2]

935. — Que l'hypothèque soit conférée par le débiteur lui-même ou par un tiers, il faut que celui qui la constitue remplisse les deux conditions suivantes : il faut qu'il soit

[1] N° 34.

[2] *Voir* notre *Traité du Cautionnement,* n° 246.

propriétaire de l'immeuble sur lequel il confère une hypothèque, et, en second lieu, qu'il soit *capable de l'aliéner*.

Nous allons étudier successivement ces deux conditions.

936. — Le constituant doit d'abord, disons-nous, être propriétaire de l'immeuble sur lequel l'hypothèque est établie.

C'était la solution de la loi romaine et celle de notre ancien droit :

« *Sancimus... non solum dominii alienationem, vel man-*
« *cipiorum mammissionem esse prohibendam, sed etiam*
« *ususfructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris ne-*
« *xum pœnitus prohiberi.* »[1]

« L'hypothèque étant un droit dans la chose, dit Pothier,
« c'est une conséquence qu'il ne peut être accordé que par
« celui à qui la chose appartient et qui en est le propriétaire ; celui qui ne l'est pas ne pouvant transférer à un
« autre un droit dans une chose qu'il n'a pas lui-même. »[2]

Si les textes du Code ne consacrent pas expressément le même principe, il résulte virtuellement des articles 2124 et 2129, et il ne pouvait en être autrement : le créancier hypothécaire ayant le droit de saisir et de faire vendre l'immeuble affecté à sa créance, ce droit ne peut lui être conféré que par celui qui est propriétaire de l'immeuble ou du droit immobilier qui va devenir son gage.[3]

937. — L'hypothèque donnée sur l'immeuble d'autrui est donc nulle, mais de quelle nullité ? D'une nullité relative ou d'une nullité absolue ?

La question, très discutée, est importante surtout entre les divers créanciers hypothécaires du constituant, lorsque celui-ci est devenu propriétaire de l'immeuble qu'il avait hypothéqué : si la nullité n'est que relative, les diverses hy-

[1] L. 7, Cod., *De reb. alien. non alienand.* (IV, 51).

[2] *De l'Hypothèque,* n° 44.

[3] Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 2, p. 261 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 624 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* III, n° 952.

pothèques concédées se trouveront ratifiées, et, comme la ratification rétroagit entre les parties et leurs ayants-cause au jour de l'acte ratifié, elles seront classées suivant la date de leur constitution. Si au contraire la nullité est absolue, la ratification ne vaudra que comme constitution nouvelle d'hypothèque et ne produira ses effets qu'à sa date.

Nous devons reconnaître que la jurisprudence est fixée dans le sens de la nullité absolue de l'hypothèque,[1] et de nombreux auteurs suivent ce système.[2]

Voici les arguments principaux sur lesquels cette opinion est fondée.

Il résulte de l'article 2129 que l'existence dans la personne de celui qui constitue l'hypothèque d'un droit actuel de propriété, au moment même de l'affectation hypothécaire, est une condition de validité de cette affectation ; et c'est là une condition substantielle dont l'absence ne peut être réparée plus tard. En matière hypothécaire, il n'y a pas place aux ratifications : il importe au crédit que l'on soit immédiatement fixé sur la valeur de l'hypothèque, et ici, comme l'hypothèque n'a pas d'objet, le vice dont elle est atteinte est absolu.

Il est vrai qu'en matière de vente de la chose d'autrui, c'est le système opposé qui prévaut en jurisprudence, et l'on ad-

[1] Cassation, 12 juin 1807, Sirey, C. N., II, I, 399 ; Bruxelles, 11 juin 1817, Sirey, C. N., V, II, 290 ; Bordeaux, 21 décembre 1832, Sirey, 33, II, 205 ; Nancy, 20 mai 1843, Sirey, 43, II, 547 ; Dijon, 25 avril 1855, Sirey, 55, II, 403, et Dalloz, 55, II, 218 ; Cassation, 24 mai 1892, Sirey, 92, I, 289 ; Dalloz, 92, I, 327 ; et *Pandectes françaises,* 93, I, 273 ; Montpellier, 10 février 1896, Sirey, 96, II, 128, et Dalloz, 97, II, 269.

[2] Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 51 ; Duranton, XIX, n° 367 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 625 ; de Folleville, *De la vente de la chose d'autrui,* n° 139 ; Aubry et Rau, III, § 266, texte et notes 4, 5, 7, 9 et 10 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* III, n° 953 ; Laurent, XXX, n°s 469 et suiv. ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 48 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n°s 1304-1305.

met la validité de la ratification : mais il y a, dit-on, une différence entre l'hypothèque et la vente qui explique ces solutions opposées. La vente est un contrat non solennel, qui n'a trait qu'aux intérêts privés : l'hypothèque au contraire est un contrat solennel, parce qu'elle touche aux intérêts économiques les plus graves, au crédit public, et par suite à l'ordre public ; et toute violation d'une loi d'ordre public engendre une nullité absolue.

Si on objecte à cette théorie que, en droit romain, l'hypothèque de la chose d'autrui était validée lorsque le débiteur devenait propriétaire du bien qu'il avait hypothéqué, cette solution de la loi romaine ne peut, dit-elle, avoir aucune importance chez nous ; la loi romaine n'envisageait en effet l'hypothèque que comme un contrat d'intérêt privé ordinaire, tandis que notre législation, qui a organisé le régime de la spécialité et de la publicité des hypothèques, y voit avec raison un contrat d'ordre supérieur, intéressant la prospérité de l'Etat ; l'inobservation des conditions substantielles d'un tel contrat ne peut donner lieu à aucun acte confirmatif.

938. — Loin de nous certes l'orgueilleuse prétention de changer le cours de la jurisprudence, et d'amener la Cour de cassation à reconnaître le caractère relatif d'une nullité dont elle a, à diverses reprises, proclamé le caractère absolu.

Mais, comme nous sommes tout à fait convaincu que la nullité de l'hypothèque de la chose d'autrui est relative et peut être ratifiée, de même que la nullité de la vente de la chose d'autrui, et que d'ailleurs cette conviction est partagée par des jurisconsultes éminents, nous devons exposer les raisons qui déterminent notre opinion.

La chose d'autrui est dans le commerce, elle peut faire l'objet de contrats dont tout le monde reconnaît la validité, et notamment nous verrons bientôt que la jurisprudence admet que l'on peut valablement hypothéquer l'immeuble d'autrui, à la charge de rapporter la ratification du vrai propriétaire. Il n'y a donc, dans le contrat d'hypothèque de la chose d'autrui, aucun vice substantiel devant annuler

à tout jamais le contrat ; il y a seulement une impossibilité actuelle d'exécution qui disparaîtra si le constituant devient propriétaire de l'immeuble qu'il a hypothéqué. C'est ce qui nous a déterminé à ne reconnaître dans la nullité de la vente de la chose d'autrui, proclamée dans l'article 1599, qu'une nullité relative ;[1] et, à notre avis, le raisonnement doit être le même pour l'hypothèque.

En droit romain, où la nullité de l'hypothèque de la chose d'autrui était proclamée par les textes,[2] les jurisconsultes admettaient que l'hypothèque était validée, lorsque le constituant devenait propriétaire de la chose hypothéquée, et une action utile était donnée au créancier :

« *Rem alienam pignori dedisti ; deindè dominus rei ejus* « *esse cœpisti : datur utilis actio pigneratitia creditori.* »[3]

On objecte que notre régime hypothécaire français est organisé sur d'autres bases, et que la constitution de l'hypothèque moderne, avec ses conditions de publicité et de spécialité, ne s'adapte pas avec les incertitudes d'une ratification éventuelle et sa rétroactivité.

Nous répondrons, d'abord, que l'argument aurait pu avoir sa valeur pour déterminer le législateur à proclamer la nullité absolue de l'hypothèque de la chose d'autrui. Mais encore est-il qu'il aurait fallu le dire, et annoncer que l'on dérogeait à la tradition ancienne : or il y a ceci de remarquable, que bien loin qu'il y ait un texte pour faire connaître ce changement, il n'y en a aucun qui dise nettement que l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle, comme l'article 1599 le dit pour la vente. Il serait étrange, et il est à notre avis inadmissible que les rédacteurs du Code aient introduit une modification aussi importante sans le dire clairement.

[1] *Voir* notre *Traité de la Vente,* I, nos 176 et suiv.

[2] L. 15, § 1, D., *De pignor. et hyp.* (XX, 1) ; L. 6, Cod., *Si alien. res pignor. data sit* (VIII, 16).

[3] L. 41, D., *De pignerat. act.* (XIII, 7). — *Sic* L. 7, § 2, D., *De Senatuscons. Macedon.* (XIV, 6) ; L. 5, Cod., *Si alien. res pignor. data sit* (VIII, 16).

Nous ajoutons que la théorie de la nullité relative de l'hypothèque de la chose d'autrui ne nous paraît nullement incompatible avec les principes nouveaux du régime hypothécaire. En effet, la rétroactivité de l'hypothèque, remontant au jour de l'acte constitutif, ne nuira à personne : elle ne nuira pas d'abord aux tiers ayant acquis des droits du chef du véritable propriétaire, car la ratification ne leur est pas opposable, aux termes de l'article 1338 qui réserve les droits des tiers ; et, quant aux ayants-cause du constituant, aux créanciers, par exemple, auxquels celui-ci aurait consenti des hypothèques postérieurement, ils ont été informés par l'inscription prise par le premier créancier de l'éventualité de son droit, et ils n'ont pas pu être trompés.

Aussi notre conclusion personnelle est-elle que, si la nullité de l'hypothèque de l'immeuble d'autrui peut être proposée par le créancier, elle ne peut pas l'être par le débiteur, fût-il de bonne foi ; et, s'il devient propriétaire de l'immeuble qu'il a hypothéqué, l'hypothèque ou les hypothèques constituées rétroagiront au jour de leur constitution, dans les rapports des divers ayants-cause avec lesquels il a traité, acquéreur et créanciers.[1]

939. — Ce qui nous confirme dans notre opinion sur le caractère de la nullité de l'hypothèque de la chose d'autrui, c'est la solution donnée par la Cour de cassation elle-même dans une question voisine de celle que nous venons d'étudier, la question de savoir si l'on peut hypothéquer l'immeuble d'autrui en se portant fort du véritable propriétaire.

Un certain nombre de défenseurs du système de la nullité absolue de l'hypothèque de la chose d'autrui, logiques

[1] Bordeaux, 21 décembre 1832, Sirey, 33, II, 205 ; Metz, 20 avril 1836, Sirey, 38, II, 197. — Merlin, QUEST. DE DROIT, V° *Hypothèque*, § IV *bis* ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n°s 518-521 ; *Notes*, Sirey, C. N., 1807, II, I, 399 ; 1843, II, 547 ; et 1896, II, 128; Labbé, *Revue critique*, 1875, p. 180 et suiv. ; Colmet de Santerre, IX, n°s 92 *bis* III et suiv. ; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle*, n°s 99-100 ; Cuénot, *Note, Pandectes françaises*, 1893, I, 273.

dans leur opinion, enseignent que la convention primitive faite par le porte-fort est nulle, et que la prétendue ratification ne vaudra qu'à sa date et comme acte nouveau constitutif d'hypothèque, à la charge d'une inscription nouvelle. Le titre mentionné dans la première inscription est radicalement nul, dit-on, et les tiers pourront toujours demander la nullité de cette inscription, sur le fondement du seul titre qui s'y trouve mentionné.[1]

La Cour de cassation n'est pas allée jusque-là, et, s'appuyant sur l'article 1120 qui en effet, à notre avis, doit servir à résoudre la question, elle décide que la ratification remonte au jour de l'acte constitutif, sous la réserve des droits acquis à des tiers. Voici comment s'exprime à ce sujet un arrêt de la Chambre civile :

« Attendu que, aux termes de l'article 1120 du Code civil, « on peut se porter fort pour un autre ; qu'on peut confé- « rer en cette qualité une hypothèque sur les biens de celui « qu'on oblige, sauf ratification ;

« Attendu que, dans l'espèce, étant survenue la ratifica- « tion sus-énoncée, l'hypothèque a été valablement cons- « tituée, et que, par application du principe de rétroactivité « de la ratification à l'acte ratifié, l'inscription prise en « vertu de l'acte constitutif de l'hypothèque a produit son « effet du jour de sa date, vis-à-vis des créanciers qui « n'avaient pas d'inscription valable avant la ratification ;

« Attendu que l'arrêt attaqué, en déclarant que l'acte de « ratification était le titre générateur du droit hypothécaire « lui même et que son inscription particulière était néces- « saire, a méconnu et violé les articles de loi sus-visés. »[2]

[1] Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 6, p. 262-263 ; Laurent, XXX, n° 473 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 50.

[2] Cassation, 13 décembre 1875, Sirey, 76, I, 273, et Dalloz, 76, I, 97. — *Sic* Cassation, 3 août 1859, Sirey, 59, I, 801, et Dalloz, 59, I, 419. — *Sic* Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 626 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* III, n° 956.

Cette solution nous paraît excellente, mais que devient alors la théorie qui veut qu'en matière d'hypothèque tout soit solennel, et que, si la constitution hypothécaire n'est pas valable à l'origine, elle ne puisse être réparée par aucun acte confirmatif ? Si l'on admet la ratification de l'hypothèque constituée par un porte-fort, nous ne voyons pas pourquoi l'on ne doit pas l'admettre pour l'hypothèque constituée purement et simplement sur la chose d'autrui, sans engagement *exprès* de rapporter la ratification du vrai propriétaire.

940. — Doit-on assimiler à l'hypothèque de la chose d'autrui l'hypothèque consentie par l'héritier apparent, *ab intestat* ou testamentaire, ou au contraire doit-on en reconnaître la validité ? Peu de questions sont plus controversées, mais, comme nous l'avons dit à propos des ventes consenties par l'héritier apparent,[1] ce n'est ni au Titre *De la Vente* ni au Titre *Des Privilèges et Hypothèques* que la question doit être examinée, mais au Titre *Des Successions*, et lorsqu'il s'agit d'étudier les effets de la pétition d'hérédité vis-à-vis des tiers qui ont traité avec l'héritier évincé ; aussi devons-nous nous borner ici à signaler l'existence de cette controverse.[2]

941. — Il importe de ne pas confondre, comme on l'a fait quelquefois, l'hypothèque consentie par l'héritier apparent et l'hypothèque consentie par le *prête-nom*. Quelle que

[1] *Voir* notre *Traité de la Vente*, I, 192.

[2] *Voir*, dans le sens de la validité des hypothèques consenties par l'héritier apparent, Paris, 6 juillet 1833, Sirey, 33, II, 455 ; Toulouse, 21 décembre 1839, Sirey, 40, II, 168 ; Orléans, 12 août 1876, Sirey, 77, II, 88, et Dalloz, 77, I, 429 ; Cassation, 3 juillet 1877, Sirey, 78, I, 38, et Dalloz, 77, I, 429. — Demolombe, *Cours de Code civil*, I, n° 252 ; Duvergier, *De la Vente*, I, n° 225. — Et, dans le sens de la nullité, Colmar, 18 janvier 1850, Sirey, 51, II, 533 ; Nîmes, 25 juillet 1887, Dalloz, 89, II, 79. — Duranton, XIX, n° 352 ; Troplong, *De la Vente*, II, n° 960, et *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 468 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 631 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques*, III, n° 954.

soit l'opinion que l'on adopte sur la valeur des hypothèques émanant de l'héritier apparent, on doit, à notre avis et par d'autres raisons, tenir pour valable l'hypothèque constituée par le prête-nom au profit d'un créancier de bonne foi.

Lorsque le véritable propriétaire a commis l'imprudence de conférer la propriété apparente de son immeuble à un tiers, il constitue par ce fait ce tiers son mandataire dans la gestion de cet immeuble, et tous les actes faits par celui-ci, actes d'administration et actes de disposition, seront opposables au propriétaire. Il ne peut en être autrement ni en fait, ni en droit : en fait, car en investissant le tiers qu'il a choisi de la propriété apparente de son bien, le propriétaire n'a pas pu exposer les tiers de bonne foi à une demande en nullité des actes du prête-nom, demande qui constituerait vis-à-vis d'eux un piège ; et, en droit, le propriétaire doit être considéré comme mandant à l'égard du prête-nom, et obligé à ce titre à respecter tous les actes faits par son mandataire.[1]

Les hypothèques consenties par le prête-nom au profit de créanciers de bonne foi sont donc valables et devront être respectées par le propriétaire et par les tiers.[2]

942. — Le preneur à bail peut-il consentir une hypothèque sur les constructions par lui élevées au cours de son bail ? Nous avons examiné cette importante question dans notre *Traité du Louage,*[3] et, en indiquant qu'à notre avis le preneur n'avait pas de droit réel immobilier sur ces constructions qui s'étaient incorporées au sol d'autrui, nous avons ajouté que la jurisprudence était fixée en sens contraire, et qu'elle reconnaissait formellement au preneur le droit d'hypothéquer les constructions par lui édifiées.[4]

[1] *Voir* notre *Traité du Mandat,* nos 18-21.

[2] Nîmes, 14 avril 1812, Sirey, c. N., IV, II, 83 ; Cassation, 30 mars 1836, Sirey, 36, I, 506.

[3] I, nos 294 et suiv.

[4] *Voir* les nombreux arrêts cités dans notre *Traité du Louage,* II, n° 298. — *Adde* Gand, 29 mai 1895, Dalloz, 97, II, 218.

La solution que l'on adoptera à propos des constructions élevées par le preneur doit être étendue aux constructions faites par l'usufruitier, qui n'a, lui aussi, qu'un droit temporaire sur l'immeuble soumis à son usufruit.

943. — L'article 2125 prévoit le cas où le constituant a sur l'immeuble qu'il hypothèque un droit conditionnel, résoluble ou rescindable :

« Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par « une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet « à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque « soumise à la même condition ou à la même rescision. »

Cette décision de l'article 2125 est conforme aux principes généraux de nos lois : celui qui a un droit conditionnel, résoluble ou rescindable, a un droit, et il peut soit transmettre à un autre le droit qui lui appartient, sous la condition dont il est affecté, soit donner ce droit en gage, le gage étant lui-même soumis à la condition qui grève le bien dans le patrimoine du constituant.

C'est ainsi, par exemple, que l'appelé, dans une substitution permise, propriétaire des biens substitués sous la condition suspensive de sa survie au grevé, pourra conférer une hypothèque sur ses biens, hypothèque qui sera valable si le grevé meurt avant lui.[1]

944. — Doit-on considérer le vendeur à réméré comme étant propriétaire de l'immeuble vendu sous la condition suspensive de l'exercice du réméré, et l'autoriser par suite à conférer sur cet immeuble une hypothèque conditionnelle ?

La question est controversée : nous l'avons examinée en traitant de la vente à réméré, et nous ne pouvons que nous référer aux explications que nous avons fournies, et rappeler que, d'après la solution que nous avons adoptée, le vendeur à réméré a un droit sous condition suspensive lui permettant de constituer valablement une hypothèque.[2]

[1] Amiens, 6 décembre 1892, Dalloz, 93, II, 129.

[2] *Voir* notre *Traité de la Vente,* II, n° 660, et les autorités qui y sont citées. — *Adde*, dans le sens de la validité de l'hypothèque

Toutefois si le droit au réméré a été cédé par le vendeur à un tiers, et que celui-ci l'exerce au lieu et place du vendeur, les partisans de l'opinion que nous adoptons se divisent sur le sort de l'hypothèque consentie par le vendeur. Les uns estiment qu'elle devra s'évanouir, l'immeuble ne rentrant pas dans le patrimoine du débiteur, mais du tiers cessionnaire du droit au réméré.[1] Les autres au contraire, dont nous partageons tout à fait l'opinion, pensent que le cessionnaire devra souffrir l'exercice des hypothèques consenties antérieurement à la cession qui lui a été faite : le cessionnaire et les créanciers hypothécaires sont des ayants-cause de la même personne, le vendeur, et les ayants-cause dont le droit est antérieur doivent l'emporter sur le cessionnaire, ayant-cause postérieur.[2]

945. — Le propriétaire dont le titre est rescindable ou résoluble peut aussi conférer une hypothèque, qui sera résolue avec le titre du constituant : tel est l'acquéreur dont le prix n'est pas payé, le donataire dont le titre est résoluble pour inexécution des conditions ou pour survenance d'enfants.

Toutefois la loi a apporté quelques exceptions au principe que le droit du constituant étant résolu, les droits des créanciers auxquels il a conféré hypothèque doivent disparaître avec le sien. Ces exceptions, écrites dans les articles 952, 958 et 1054, sont relatives à l'effet du droit de retour conventionnel quant à l'hypothèque de la dot et des conventions

constituée par le vendeur, Alger, 2 novembre 1885, Sirey, 86, II, 132. — Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 639 ; et Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1317.

[1] Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 435 ; Demolombe, *Cours de Code civil,* XXV, n° 411 *bis* ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 516.

[2] Valette, *Des Privilèges et Hypothèques,* p. 203 ; Labbé, *Revue critique,* 1872, p. 497 et suiv. ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 135 ; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle,* n° 109.

matrimoniales, à la révocation des donations pour cause d'ingratitude, et à l'extinction du droit du grevé, dans les substitutions permises : elles s'expliquent par des motifs spéciaux à ces diverses matières, dans l'examen desquels nous n'avons pas à entrer, et il nous suffit de les mentionner.

946. — On doit assimiler à la révocation des donations pour cause d'ingratitude, à propos de laquelle la loi déclare formellement que le droit des créanciers hypothécaires reste intact, la déchéance prononcée contre l'usufruitier de son droit pour abus de jouissance, par application de l'article 618. Dans les deux cas la raison de décider est la même : la résolution du droit du constituant est *volontaire* de la part de celui-ci, et elle est née postérieurement à la constitution de l'hypothèque sur l'immeuble donné ou sur le droit d'usufruit ; et il ne peut être permis au constituant de détruire des droits hypothécaires, régulièrement constitués par des actes volontaires que rien ne pouvait faire prévoir aux créanciers.[1]

947. — Il devra en être de même, pour une autre raison, si la résolution d'une vente pour défaut de paiement du prix est prononcée contre l'acquéreur, alors que le contrat de vente était *quittancé*. En donnant imprudemment quittance d'un prix qu'il n'a pas reçu, le vendeur confère à l'acquéreur le droit absolu de traiter avec les tiers, et notamment de conférer des hypothèques qui ne seront pas conditionnelles, mais définitives, rien ne pouvant avertir les créanciers de l'existence d'une cause de résolution. Les choses se passeront comme elles se passent dans l'hypothèse que nous examinions tout à l'heure, de l'hypothèque constituée par un prête-nom, et le vendeur seul subira les inconvénients d'une situation apparente qu'il a créée en contradiction avec la situation réelle.[2]

948. — En dehors de ces hypothèses exceptionnelles,

[1] Proudhon, *De l'Usufruit*, n°s 2476 et suiv. ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 162.

[2] Douai, 10 mars 1849, Sirey, 49, II, 374, et Dalloz, 49, II, 147.

toutes les fois que le titre du constituant sera résolu ou rescindé, les hypothèques qu'il avait constituées seront elles-mêmes résolues.

Si la résolution a été prononcée en justice, elle est valable et opposable aux créanciers hypothécaires sans que ceux-ci aient été parties au jugement qui la prononce. Mais, s'ils n'ont pas été appelés sur l'instance et que le jugement de résolution ait été rendu en fraude de leurs droits, ils pourront y former tierce opposition.[1]

Si la résolution du contrat a été faite à l'amiable, sans intervention de la justice, elle n'en est pas moins opposable aux créanciers hypothécaires, du moment où la cause de résolution était nécessaire, et où l'acte de résolution, honnêtement fait, n'a eu d'autre but que d'empêcher une action judiciaire dispendieuse et dont le résultat était inévitable.

On a prétendu, il est vrai, qu'il fallait toujours s'adresser aux tribunaux pour vérifier la légitimité et la nécessité de la cause de résolution. Si l'on s'en rapporte au consentement des parties, il n'y aura, dit-on, aucune sécurité pour les tiers, qui seront à la merci de la collusion du vendeur et de l'acheteur ; et d'ailleurs l'article 1184, en déclarant que « la résolution doit être demandée en justice », montre bien la nécessité de l'intervention des tribunaux.[2]

Ces objections doivent être repoussées. En disant que la résolution doit être demandée en justice, l'article 1184 ne signifie qu'une chose, que la résolution pour inexécution des conditions n'a pas lieu de plein droit, et que la partie qui la demande doit la faire prononcer par les tribunaux, si le défendeur ne reconnaît pas le bien fondé de sa prétention ; mais ni ce texte, ni aucun autre n'imposent aux parties, d'accord sur la nécessité d'une résolution, l'obligation de faire des frais inutiles pour qu'elle soit proclamée par

[1] Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 22, p. 267 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 647.

[2] Duranton, XVI, n° 387 ; Laurent, XXIV, n° 371. — *Compar.* Cassation, 17 juillet 1848, Sirey, 48, I, 470.

la justice. Quant à la crainte d'une fraude concertée entre les parties à l'encontre des créanciers hypothécaires du propriétaire qui va être évincé, il n'y a pas lieu de s'y arrêter, car ceux-ci pourront toujours faire reconnaître par justice, si cela est vrai, que la cause de résolution alléguée n'était ni légitime ni nécessaire.[1]

949. — Le propriétaire qui a des droits indivis sur un immeuble peut valablement conférer une hypothèque sur cet immeuble, de même que nous avons reconnu que, malgré la prohibition de la vente de la chose d'autrui, le propriétaire ayant des droits indivis sur une chose avait le droit de la vendre.[2] Ce propriétaire a en effet un droit actuel sur cette chose, droit conditionnel, subordonné aux résultats du partage, mais qui n'en existe pas moins au jour où l'hypothèque a été consentie par lui ; et, si l'immeuble lui échoit, par l'effet rétroactif et déclaratif du partage écrit dans l'article 883, il sera réputé en avoir été propriétaire du jour où l'indivision a commencé, et par suite il n'a consenti d'hypothèque que sur un immeuble qui était le sien. Si au contraire l'immeuble ne tombe pas dans son lot, l'hypothèque s'évanouira, comme il arrive toutes les fois que la condition dont était grevée la propriété du constituant ne se réalise pas.[3]

Cette hypothèque de l'immeuble indivis peut être donnée sous l'une ou l'autre des trois formes suivantes : le copropriétaire peut hypothéquer tout l'immeuble, sa part indi-

[1] Cassation, 10 mars 1836, Sirey, 36, I, 167 ; Bourges, 12 février 1853, Sirey, 53, II, 441, et Dalloz, 53, II, 175 ; Riom, 11 décembre 1865, Sirey, 66, II, 362, et Dalloz, 66, II, 179. — Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 23, p. 267-268 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 646 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* III, n° 970.

[2] *Voir* notre *Traité de la Vente,* I, n° 189 I.

[3] Cassation, 8 février 1847, Sirey, 48, I, 43. — Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 469 *bis* ; Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 15, p. 266 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 640.

vise dans cet immeuble ou une portion matérielle de cet immeuble, soit une part aliquote, soit une portion déterminée par certaines limites naturelles. La différence entre ces diverses hypothèses est la suivante : si le copropriétaire a hypothéqué tout l'immeuble et qu'il tombe dans son lot, il sera grevé tout entier de l'hypothèque constituée, tandis que, dans le cas d'une hypothèque sur une part déterminée, il n'y aura que cette part soumise à l'hypothèque du créancier.[1]

950. — Les effets de l'hypothèque constituée par un copropriétaire sur un immeuble sur lequel il n'a que des droits indivis sont régis par la règle du partage déclaratif, telle qu'elle est écrite dans l'article 883, et par suite l'examen des difficultés que fait naître l'étendue de cette hypothèque, suivant les résultats du partage, rentre dans l'étude de l'article 883, et non dans la matière des hypothèques. Aussi allons-nous nous borner à indiquer quelques-unes des solutions admises dans l'interprétation de l'article 883, et qui ont le plus d'importance pour l'effet des hypothèques constituées par un copropriétaire par indivis.

Le partage de l'immeuble sur lequel l'hypothèque a été constituée peut amener l'un ou l'autre des résultats suivants : attribuer cet immeuble à l'un des autres copropriétaires, l'attribuer à un étranger, ou enfin au constituant lui-même.

Nous allons examiner successivement ces trois hypothèses.

951. — Lorsque l'immeuble hypothéqué est attribué par le partage, ou adjugé sur licitation à l'un des copropriétaires autre que celui qui a consenti l'hypothèque, cette hypothèque disparaît, puisque le constituant est réputé n'avoir jamais eu aucun droit sur l'immeuble qu'il a hypothéqué.

Il est certain, et tout le monde reconnaît que le créancier hypothécaire perdra alors tout droit de suite sur l'immeu-

[1] Cassation, 6 décembre 1826, Sirey, C. N., VIII, I, 474. — Aubry et Rau et Pont, *Op. et Loc. citat.*

ble : mais ne conservera-t-il pas du moins un droit de préférence sur la portion de prix revenant au constituant ?

On a essayé de le soutenir, en s'appuyant sur ce que la règle de l'article 883 n'est écrite que dans l'intérêt du copropriétaire qui devient attributaire de l'immeuble, et non dans celui des créanciers chirographaires du constituant, qui ne peuvent invoquer l'article 883 contre le créancier auquel celui-ci a conféré une hypothèque.[1]

Cette opinion n'a pas réussi, et c'est à bon droit qu'elle a été repoussée : en effet, si la règle de l'article 883 a été écrite dans l'intérêt du copropriétaire auquel l'immeuble est attribué, ce que nous reconnaissons volontiers, elle a été édictée d'une façon absolue, *erga omnes ;* le constituant est réputé n'avoir jamais été propriétaire de l'immeuble qu'il a hypothéqué, pas plus vis-à-vis de ses créanciers que vis-à-vis du copropriétaire devenu attributaire de cet immeuble ; et l'on ne peut reconnaître au créancier hypothécaire une préférence qui serait la conséquence d'un droit de propriété qui n'a jamais existé sur la tête du constituant. Comme le dit très bien la Cour de cassation, les hypothèques consenties par le constituant « restent sans valeur et sans effet « comme ayant été consenties par un individu sans qualité ».[2]

952. — Le seul remède au danger que court le créancier hypothécaire de perdre tout droit, si l'immeuble hypothéqué tombe dans le lot d'un copropriétaire autre que le constituant, consiste à obtenir de celui-ci, en même temps qu'une hypothèque, la cession éventuelle des droits du constituant dans le prix de licitation de l'immeuble indivis. Cette

[1] Aix, 23 janvier 1835, Sirey, 35, II, 267. — Proudhon, *De l'Usufruit,* IV, n° 2392.

[2] 16 avril 1888, Sirey, 88, I, 216 ; Dalloz, 88, I, 249 ; et *Pandectes françaises,* 88, I, 164. — *Sic* Lyon, 14 février 1853, Dalloz, 54, V, 444 ; Nîmes, 6 novembre 1869, Sirey, 71, II, 157, et Dalloz, 71, II, 37 ; Angers, 8 mars 1876, Dalloz, 78, II, 185 ; Pau, 28 février 1887, Sirey, 87, II, 145. — Demolombe, *Cours de Code civil,* XVII, n° 320 ; Laurent, X, n° 419.

cession, valable en vertu du principe que tout droit, même conditionnel, peut faire l'objet d'une cession,[1] armera le créancier contre toutes les éventualités : si l'immeuble indivis est adjugé au constituant, ou à un étranger, le créancier exercera sur lui son hypothèque ; et, s'il est adjugé à l'un des autres copropriétaires, il obtiendra au moyen de la cession à lui faite l'attribution de la portion de prix à laquelle le constituant a droit.[2]

Ajoutons que, conformément à l'interprétation généralement donnée à l'article 883, l'effet déclaratif du partage et par suite l'anéantissement de l'hypothèque ne se produiront que si l'acte, par lequel le constituant est dépouillé de ses droits dans l'immeuble, fait cesser complètement l'indivision entre les copropriétaires ; si l'indivision ne cesse qu'à l'égard du constituant, en subsistant entre les autres copropriétaires, par exemple par la cession qu'il leur ferait de ses droits, l'hypothèque continuera de subsister au profit des créanciers auxquels le constituant l'a conférée, ou qui l'ont obtenue contre lui par l'effet de la loi ou d'un jugement.[3]

953. — La seconde hypothèse que nous avons prévue est celle où l'immeuble indivis a été adjugé sur licitation à un étranger. Dans ce cas, l'hypothèque constituée par l'un des copropriétaires produit tout son effet, l'article 883 ne pouvant s'appliquer ni par son texte, qui ne vise que le « cohéritier », pour les effets compris dans son lot ou licités à son profit, ni par ses motifs, qui sont d'étendre aux indivisaires la théorie de la rétroactivité de la condition, inapplicable à l'étranger adjudicataire.[4]

Mais ici naît une question très controversée, qui sépare

[1] *Voir* notre *Traité de la Vente,* II, n° 743.

[2] Cassation, 16 mai 1886, et *Rapport* de M. le conseiller Greffier, Dalloz, 86, I, 281.

[3] Cassation, 23 avril 1884, Sirey, 84, I, 209 ; Cassation, 19 mai 1886, Sirey, 87, I, 113.

[4] Aix, 23 janvier 1835, Sirey, 35, II, 267 ; Grenoble, 27 janvier 1859, Sirey, 60, II, 11 ; Cassation, 14 décembre 1887, Sirey, 89, I, 193 ; Dalloz, 88, I, 385 ; et *Pandectes françaises,* 88, I, 38. — Au-

les jurisconsultes en deux camps à peu près égaux, et qui divise les Cours d'appel et la Chambre civile de la Cour de cassation. Elle se formule ainsi : lorsque l'immeuble indivis est adjugé à un étranger, le droit des créanciers du copropriétaire qui a constitué des hypothèques pendant l'indivision doit-il se déterminer d'après les droits du constituant avant la licitation ou au moment de la licitation, si la liquidation se fait en même temps que la licitation ? Ou au contraire ces droits ne seront-ils fixés, même à l'égard des créanciers hypothécaires, que par la liquidation qui aura lieu entre les copropriétaires après la licitation, alors que, comme il arrive fréquemment, la licitation est intervenue au cours des opérations du partage, sauf à déterminer ultérieurement les droits des colicitants dans l'immeuble indivis mis en vente ?

La jurisprudence des Cours d'appel et de nombreux auteurs[1] décident que c'est le partage final, fût-il postérieur à la licitation, qui, en fixant les droits du constituant dans le bien indivis, déterminera en même temps le droit de ses créanciers hypothécaires, qui ne pourront prétendre à rien au delà de ce qui est attribué dans le partage à leur débiteur.

En droit, la règle que le partage est déclaratif a un caractère absolu, et doit donner à tous les copartageants la certitude qu'ils auront ce que le partage leur attribue, sans être gênés par les droits que l'un d'eux a pu consentir pendant

bry et Rau, III, § 266, texte et note 17, p. 266 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 52 ; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle,* n° 115.

[1] Aix, 23 janvier 1835, Sirey, 35, II, 267 ; Grenoble, 2 juin et 10 août 1863, Sirey, 63, II, 249, et Dalloz, 64, II, 100 ; Douai, 5 juin 1866, Sirey, 67, II, 257 ; Orléans, 19 mai 1870, Sirey, 71, II, 160 ; Paris, 3 juillet 1872, Dalloz, 74, II, 23 ; Alger, 24 décembre 1877, Sirey, 78, II, 214 ; Dijon, 20 mars 1889, Sirey, 89, II, 179, et Dalloz, sous Cassation, 17 février 1892, 92, I, 191. — Demolombe, *Cours de Code civil,* XVII, n° 273 ; Labbé, *Notes,* Sirey, 1875, I, 419, et 1889, I, 193 ; Aubry et Rau, VI, § 266, texte et note 25, p. 564 ; Charmont, *Revue critique,* 1890, p. 4 et suiv.

la durée de l'indivision. Si aucune hypothèque n'avait été conférée, le copartageant auquel il n'a été attribué qu'une portion dans le prix de l'immeuble licité inférieure à sa part légale ou conventionnelle ne pourrait rien demander au delà de cette portion : ses créanciers hypothécaires ne le peuvent pas plus que lui.

En fait, cette conséquence n'a rien d'injuste par rapport à ces créanciers : en traitant avec un copropriétaire pendant la période de l'indivision, et en ne demandant comme gage qu'une hypothèque sur le bien indivis, ils ont su à quoi ils s'exposaient, et ils ne peuvent se plaindre de ce que soit la licitation au profit d'un copropriétaire autre que leur débiteur, soit la licitation au profit d'un étranger suivie d'un partage définitif, opérations auxquelles l'article 882 leur permettait d'intervenir, enlèvent à leur débiteur, et par suite à eux-mêmes, une partie des droits apparents qu'il tenait de son titre.

954. — Tout en reconnaissant la gravité du système dont nous venons de résumer les motifs, nous croyons que le système adopté par la Cour de cassation en 1887 et dans lequel elle a persévéré dans l'arrêt de 1892 est plus en harmonie avec la théorie de l'article 883.

Nous croyons en effet que ce texte n'a ni appliqué ni voulu appliquer la règle du partage déclaratif à tous les modes par lesquels un partage peut être fait, mais à un cas unique, celui où l'un des copartageants reçoit un bien dans son lot. Dans ce cas, mais dans ce cas seulement, comme le prouve le texte de l'article 883, le partage est déclaratif, et le copartageant « est censé avoir succédé seul et immé- « diatement à tous les effets compris dans son lot ». En dehors de cette hypothèse, et si la licitation a lieu au profit d'un étranger, cette licitation est une vente : l'adjudicataire tient ses droits des divers copropriétaires vendeurs, et il est tenu vis-à-vis d'eux dans la proportion où ils étaient copropriétaires au moment de la vente, et non dans celle qui sera établie ultérieurement par une liquidation. Entre les

copropriétaires vendeurs, la créance du prix se divise de plein droit, conformément à la règle de l'article 1220, et si plus tard l'un d'eux se reconnaît débiteur de l'autre, la convention qui interviendra sera une cession de créance, et non un acte de partage.

Cette solution est équitable : l'hypothèse que nous examinons met en présence des créanciers hypothécaires, qui se sont fait donner une garantie en comptant sur les droits apparents du copropriétaire avec lequel ils traitent, et des copropriétaires qui sont eux-mêmes créanciers de celui-ci à raison de rapports, de récompenses, etc... : ces derniers ne sont à ce titre que de simples créanciers chirographaires, qui doivent subir la préférence des créanciers ayant acquis une hypothèque.

Enfin le respect des droits de l'adjudicataire conduit encore à adopter la solution que nous proposons : il serait en effet lésé s'il était obligé d'attendre, pour rendre son titre définitif au moyen de la purge, les résultats d'un partage que les copropriétaires feront quand bon leur semblera ; et il lui est impossible de notifier avant de savoir quels sont les créanciers des copropriétaires dont l'hypothèque frappe l'immeuble par lui acquis.[1]

955. — La troisième hypothèse est celle où l'immeuble indivis est attribué ou adjugé à celui qui a conféré l'hypothèque. Dans ce cas la situation est très simple : en vertu de l'article 883, le constituant sera réputé avoir toujours été propriétaire de l'immeuble sur lequel il a conféré une hypo-

[1] Cassation, 14 décembre 1887, Sirey, 89, I, 193, et Dalloz, 88, I, 385 ; Cassation, 17 février 1892, Sirey, 94, I, 417, et Dalloz, 92, I, 191. — Duranton, VII, n° 250 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, I, n° 291 ; Flandin, *De la Transcription,* I, n° 296 ; Duvergier, *De la Vente,* II, n° 144 ; Colmet de Santerre, *Revue critique,* 1864, p. 490 et suiv. ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 291 ; Laurent, X, n°s 399 et suiv.; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des Successions,* III, n° 4310, et Wahl, *Note,* Sirey, 1894, I, 417 ; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle,* n° 115 ; Thiry, *Cours de Droit civil,* II, n° 251.

thèque, et cette hypothèque produira tous ses effets à la date à laquelle l'inscription a été prise par le créancier ; et elle frappera à cette date soit l'immeuble tout entier, soit la portion de l'immeuble sur lequel l'hypothèque avait été seulement conférée, d'après la distinction que nous avons faite.[1]

956. — Les principes que nous venons d'exposer, sur l'effet des hypothèques consenties par une personne sur des immeubles dont elle est propriétaire par indivis, s'appliquent à tous propriétaires par indivis, quelle que soit la cause de l'indivision, au cohéritier à propos des immeubles héréditaires comme aux personnes qui ont acheté ou auxquelles il a été légué un immeuble par indivis.

Quant aux immeubles appartenant aux associés, il faut distinguer entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales.

Pour les sociétés civiles, si l'on admet, comme nous l'avons fait,[2] qu'elles ne constituent pas une personne morale, l'indivision qui existe entre les associés est une indivision comme une autre, et chacun d'eux peut conférer sur les immeubles sociaux une hypothèque qui sera soumise aux éventualités que nous venons d'indiquer. Mais, si l'on admet au contraire que ces sociétés constituent une personne morale, distincte de celle des associés, toute hypothèque consentie par un associé est nulle, comme étant conférée par une personne sans qualité.[3]

Quant aux sociétés commerciales, il est unanimement admis qu'elles constituent une personne morale,[4] d'où il suit que, tant qu'elles durent, les associés ne peuvent constituer d'hypothèque sur les immeubles sociaux, qui ne leur ap-

[1] *Suprà,* Tome II, n° 638. — *Sic* Aubry et Rau, III, § 266, texte et notes 15 et 16, p. 266 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 640 ; Laurent, X, n° 404 ; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle,* n° 111.

[2] *Voir* notre *Traité du Contrat de Société,* n°s 25-26.

[3] Cassation, 23 février 1891, Sirey, 92, I, 73, et Dalloz, 91, I, 337.

[4] *Voir* notre *Traité du Contrat de Société, Loc. citat.*

partiennent pas, à eux, mais bien à l'être moral, à la société.[1]

Ils ne pourront donc conférer d'hypothèque sur ces immeubles qu'après la dissolution de la société,[2] et encore cette hypothèque ne grèverait pas les immeubles aliénés après la dissolution de la société pour les besoins de sa liquidation, la société, quoique dissoute, étant réputée subsister encore tant que dure sa liquidation.[3]

957. — Après avoir énuméré les conditions intrinsèques de l'acte constitutif d'hypothèque, que nous étudierons dans la troisième section de ce chapitre, l'article 2129 ajoute :

« Les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués. »

Cette solution est la conséquence du régime nouveau de la publicité et de la spécialité de l'hypothèque conventionnelle, régime incompatible avec la constitution d'hypothèque sur les biens à venir :

« Cette désignation spéciale, disait le tribun Grenier, ne « peut compatir avec une hypothèque sur les biens à venir ; « et je ne crois pas qu'on voulût sérieusement reproduire « les objections qui ont été faites pour établir la nécessité « de pouvoir hypothéquer ce genre de biens. Il a déjà été « décrété dans le titre *De la Vente,* en dérogeant à notre « ancienne législation, qu'on ne pouvait vendre ce qu'on « n'avait pas ; et par une conséquence on ne peut hypothé- « quer que ce qu'on a. »[4]

958. — Le principe que les biens à venir ne peuvent être hypothéqués, établi dans l'article 2129, reçoit une exception importante et d'une valeur très discutable dans l'article 2130, dont voici les termes :

« Néanmoins, si les biens présents et libres du débiteur

[1] Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 343 ; Duranton, IV, n° 120 ; Demolombe, *Cours de Code civil,* IX, n° 419 ; Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 19, p. 267 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 512.

[2] Cassation, 18 février 1847, Sirey, 48, I, 43.

[3] Cassation, 29 mai 1865, Sirey, 65, I, 325, et Dalloz, 65, I, 380.

[4] *Rapport au Tribunat,* Fenet, XV, p. 495.

« sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut, en « exprimant cette insuffisance, consentir que chacun des « biens qu'il acquerra par la suite y demeure affecté à me- « sure des acquisitions. »

959. — Lors du projet de réforme hypothécaire de 1841, la disposition de l'article 2130 fut vivement attaquée et non moins vivement défendue :

« L'exception écrite dans l'article 2130 n'est, dans la plu- « part des cas, qu'un pacte sur une succession future, disait « la Faculté de Caen ; elle favorise les honteuses spécula- « tions contre les fils de famille, et jusqu'ici elle ne semble « avoir profité qu'aux usuriers. »[1]

« L'expérience a prouvé, dit de son côté la Faculté de « Grenoble, que cette faculté était peu usitée, et on peut la « considérer comme dangereuse pour les fils de famille qui « peuvent s'en faire un moyen pour obtenir des prêts usu- « raires. Comme le plus souvent les biens à venir que l'on « peut espérer résultent de successions, elle semble aussi « peu en harmonie avec les dispositions qui prohibent les « pactes sur les successions futures. »[2]

Voici comment répondaient les défenseurs de l'article 2130:

« Pour empêcher quelques dissipateurs de se ruiner « d'avance, en engageant les biens qui pourront leur échoir « un jour, il ne paraît pas raisonnable de priver beaucoup « de gens intelligents et honnêtes d'un moyen de se procu- « rer un crédit que leur industrie et leur bonne conduite « peuvent faire fructifier, et de nuire ainsi et aux classes « laborieuses, et à l'Etat lui-même, intéressé, surtout de « nos jours, à ce que leur activité s'exerce sans troubler « l'ordre que leur malaise trouble trop souvent.

« L'abrogation de l'article 2130 ne remplirait pas d'ail- « leurs le but en vue duquel on la désire. Le créancier, « ayant eu soin de se ménager la faculté d'exiger son rem- « boursement à volonté, obtiendrait un jugement quand il

[1] *Docum. relat. au rég. hypoth.*, III, n° 517.
[2] *Op. et Loc. citat.*, n° 518.

« lui plairait, et, par ce moyen, il arriverait au même résul-
« tat, l'hypothèque judiciaire affectant les biens à venir du
« débiteur comme ceux qu'il possède au moment où la
« condamnation est prononcée contre lui. »[1]

Le projet de Vatimesnil supprimait cette faculté pour le débiteur, et la loi belge du 16 décembre 1851, dans son article 78, l'abroge formellement.[2]

960. — Nous sommes, en ce qui nous concerne, partisan convaincu de l'abrogation de cette disposition.

Qu'elle profite aux usuriers, qu'elle constitue pour les fils de famille un danger considérable et un moyen d'éluder les dispositions qui prohibent les pactes sur succession future, c'est ce qui n'est ni discutable ni discuté. Le fils de famille prodigue trouve dans cette disposition un excellent moyen de crédit : les usuriers qui l'ont déjà rançonné savent qu'il est appelé à recueillir d'importantes successions immobilières, et ils n'hésiteront pas à continuer à pourvoir à ses dissipations s'ils sont assurés d'avoir pour gage ces immeubles qui ne peuvent lui échapper.

En regard de ce danger social certain, nous ne voyons pas du tout l'avantage qui pourrait le compenser. L'ouvrier intelligent et honnête dont parle la Cour d'Angers et qui a un légitime besoin de crédit n'aura probablement jamais d'immeubles, et ce n'est pas sur l'espérance problématique d'acquisitions immobilières avec ses économies que les capitalistes lui donneront de l'argent. Il pourra quelquefois, rarement, hélas ! en trouver en ne donnant d'autre garantie que son honnêteté et son travail, mais l'éventualité de biens immobiliers à venir n'ajoute rien à cette garantie morale et ne lui sera d'aucun secours pour emprunter.

Aussi sommes-nous d'avis de la suppression de l'arti-

[1] *Op. et Loc. citat.*, n° 515.

[2] Le projet de loi sur la réforme hypothécaire, déposé au nom du Gouvernement par M. le Garde des Sceaux Darlan, dans la séance du Sénat du 27 octobre 1896, contient aussi l'abrogation de l'article 2130.

cle 2130, la disposition qu'il renferme n'offrant que des dangers.

961. — Les difficultés d'interprétation que soulève l'article 2130 vont, à notre avis, démontrer que ce texte n'est pas seulement dangereux, mais qu'il renferme des dispositions bizarres et inexplicables en raison.

De la lecture du texte il ressort, selon nous, qu'il n'est applicable que si le débiteur a des immeubles présents, d'une valeur insuffisante, et qu'il les engage en même temps que les immeubles à venir, qui vont être le complément de la garantie fournie par les immeubles présents.

Mais cette interprétation est loin d'être unanimement admise, et une opinion soutient que le débiteur n'eût-il pas d'immeubles du tout, du moment où ses biens meubles sont insuffisants pour assurer le remboursement du créancier, il pourra hypothéquer ses biens à venir.

On donne, à l'appui de ce système, les raisons suivantes.

La loi ne dit pas, dans l'article 2130, que le débiteur doit avoir des *immeubles*, mais elle prévoit le cas où « ses *biens* « présents et libres sont insuffisants pour la sûreté de la « créance » ; ses biens, meubles ou immeubles par conséquent, et une personne a toujours des biens meubles : « N'eût-elle que les vêtements qui la couvrent, dit M. Colmet « de Santerre, ces biens peuvent être insuffisants dans toute « la rigueur du mot. »

On ne comprendrait pas d'ailleurs cette exigence tout à fait arbitraire : l'hypothèque légale et l'hypothèque judiciaire atteignent les biens à venir, lors même que le débiteur n'a pas d'immeubles présents au moment de la naissance de ces hypothèques, il doit en être de même pour l'hypothèque conventionnelle, dans le cas où la loi en autorise l'extension sur les biens à venir.

Puis pourquoi cette distinction que rien ne justifie ? Le but de l'article 2130 est de venir en aide au débiteur qui n'a pas actuellement de garantie suffisante à offrir à son créancier, pourquoi n'aiderait-elle pas à celui qui n'offre point de

garanties du tout, mais dans lequel le créancier a confiance? En quoi ce débiteur est-il moins digne d'intérêt que l'autre, et pourquoi la loi se montrerait-elle plus exigeante que le créancier?

« La frontière d'ailleurs est impossible à délimiter, ajoute « M. Colmet de Santerre, entre ceux qui n'ont pas d'immeu- « bles et ceux qui ont des immeubles insuffisants. La loi « serait satisfaite si le débiteur était propriétaire de quel- « ques mètres de terrain, s'il avait une part indivise très « minime, un centième ou un millième d'un bien de peu « de valeur, si, ce qui sera moins rare, il a des biens im- « portants grevés d'hypothèque bien au delà de leur valeur « vénale probable. Faire une différence entre ces hypothè- « ses et celle où le débiteur n'a aucun bien immobilier, « c'est, au moins nous le pensons, attribuer au législateur « une décision qui tient compte d'une apparence matérielle « plus que du fond même des choses. »[1]

962. — Nous reconnaissons volontiers qu'au point de vue de la raison juridique et de l'utilité pratique, la vérité est dans le système que nous allons combattre: mais notre tâche n'est pas de justifier l'article 2130, elle consiste à en indiquer la portée, et nous croyons que le législateur a très clairement, et à dessein, voulu que le débiteur possédât des biens présents et les hypothéquât, pour arriver à hypothéquer ses biens à venir.

Le texte d'abord l'exige ainsi. S'il est vrai que le mot « biens » doit en général s'entendre indistinctement de tous les biens, meubles ou immeubles, il a, dans notre section III, *Des hypothèques conventionnelles*, et spécialement dans l'article 2130, le sens d'immeubles. Les « biens des mineurs »

[1] IX, n° 97 *bis* II. — *Sic* Besançon, 29 août 1811, Sirey, C. N., III, II, 564. — Grenier, *Des Hypothèques*, I, n° 63; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 538 *bis*; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques*, n° 66; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle*, n° 279. — *Compar.* Riom, 25 mai 1816, Sirey, C. N., V, II, 147.

(article 2126), les « biens de France » (article 2128), les « biens à venir » (article 2129), ne sont que des biens immeubles, dont la loi détermine les conditions d'hypothèque. Puis dans l'article 2130, si le texte parle « des biens « présents et libres du débiteur », il ajoute que ce débiteur peut consentir que « chacun des *biens* qu'il acquerra par « la suite » demeure affecté à l'hypothèque du créancier : il ne s'agit là, dans ce dernier paragraphe, que des immeubles, seuls biens susceptibles d'hypothèque, et on ne peut pas admettre que le même mot ait été pris dans le même texte dans deux sens différents.

Les travaux préparatoires viennent confirmer cette interprétation ; le tribun Grenier s'exprimait ainsi dans son *Rapport au Tribunat :*

... « Quoiqu'alors il n'y ait d'hypothèque en faveur du « créancier, relativement aux biens à venir, qu'à compter « de chaque inscription, on ne verra pas moins là une faci- « lité en faveur du débiteur, *qui pourra réunir la confiance « que fait naître sa fortune actuelle à celle qui résulte d'une « fortune à venir.* »[1]

Bonne ou mauvaise, telle a été la conception du législateur dans l'article 2130 : l'hypothèque sur les biens à venir ne pourra être accordée que comme garantie supplémentaire, en outre d'une hypothèque sur des biens présents qui sera « réunie » à l'autre.[2]

[1] Rouen, 18 août 1820, Sirey, C. N., VI, II, 306 ; Riom, 25 novembre 1830, Sirey, 33, II, 526 ; Lyon, 12 décembre 1837, Sirey, 38, II, 431 ; Caen, 4 avril 1842, Sirey, 42, II, 399 ; Lyon, 9 avril 1845, Sirey, 46, II, 185, et Dalloz, 46, II, 113 ; Dijon, 25 avril 1855, Dalloz, 55, II, 210 ; Nancy, 22 août 1867, Sirey, 68, II, 109, et Dalloz, 68, II, 117 ; Cassation, 30 janvier 1872, Sirey, 73, I, 404, et Dalloz, 74, I, 99 ; Cassation, 11 mars 1895 (solution implicite), Dalloz, 95, I, 305, et *Pandectes françaises,* 95, I, 353. — Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2130, n° 7 ; Duranton, XIX, n° 375; Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 27, p. 268-269 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 688.

[2] Nancy, 22 août 1867, Sirey, 68, II, 109, et Dalloz, 68, II, 117.

963. — La déclaration d'insuffisance des biens présents n'est soumise à aucune formule sacramentelle, et il suffit d'indiquer, par exemple, « qu'il est procédé conformément « à l'article 2130, pour garantir davantage le rembourse- « ment de la créance » ; évidemment une déclaration expresse de l'insuffisance des biens présents vaudrait mieux, mais la volonté des parties résulte suffisamment de ces termes.

Mais la déclaration d'insuffisance faite par le débiteur est-elle souveraine, ou l'inexactitude de cette déclaration pourrait-elle être établie en justice soit par le débiteur lui-même, pour se procurer du crédit, soit par les tiers intéressés ?

Une opinion soutient que la déclaration contenue dans l'acte ne peut être révisée par les tribunaux : elle constitue une convention des parties, le créancier n'aurait pas prêté sans cela, et les tribunaux ne peuvent réviser cette convention. Ce qui prouve d'ailleurs que la loi n'a pas voulu leur donner ce droit, c'est qu'elle n'indique pas où commence l'insuffisance, ce qu'elle a soin de faire quand elle attribue aux tribunaux la mission de la constater.[1]

Nous croyons, pour notre part, à l'existence de ce droit de révision, à la charge par les tribunaux d'en user avec réserve, et seulement dans le cas de fraude. S'il n'y a pas fraude, violation intentionnelle de l'article 2130, nous pensons, avec M. Colmet de Santerre, que les tribunaux ne peuvent pas modifier la convention des parties : les craintes du créancier ont peut-être été exagérées, et les biens présents étaient peut-être suffisants pour garantir le remboursement de sa créance ; les parties ont pensé qu'il en était autrement, et leur volonté doit être respectée.

Mais, s'il est évident que les biens présents forment un gage suffisant, et que les parties ont voulu créer pour le débiteur une insolvabilité apparente, les tiers intéressés et le débiteur lui-même pourront faire constater par les tribu-

[1] Colmet de Santerre, IX, n° 97 *bis* IV.

naux cette fraude à la loi et réduire ainsi le créancier à une hypothèque sur les biens présents. Il n'est pas besoin d'un texte spécial pour donner ce droit aux tribunaux : ils peuvent, d'une manière générale, annuler tous les actes faits en fraude de la loi. Observons d'ailleurs que cette annulation de l'hypothèque sur les biens à venir ne nuit pas au créancier, puisqu'elle ne peut être prononcée qu'à la condition que les biens présents soient suffisants pour assurer son paiement.[1]

964. — La constitution d'hypothèque sur les biens à venir sera-t-elle valable, lorsque les biens présents dont l'insuffisance a été constatée sont des biens indivis, et que, par le résultat du partage ou de la licitation, ils tombent dans le lot d'un copropriétaire autre que le constituant ? La Cour de cassation a jugé que les biens à venir n'en étaient pas moins valablement hypothéqués, et nous croyons que cette décision est bien rendue. Au moment où l'hypothèque a été constituée, le vœu de la loi était rempli, et le débiteur était propriétaire d'immeubles présents sur lesquels il conférait une hypothèque : il est vrai que par le partage son droit sur ces immeubles est rétroactivement résolu, mais, comme le remarque très bien notre honorable collègue M. Michel, la résolution rétroagit *in jure*, *non in facto*, et le fait que l'hypothèque sur les biens à venir a été loyalement donnée, comme supplément de garantie de biens présents, à l'existence desquels les parties croyaient, n'est pas détruit.[2]

965. — L'hypothèque sur les biens à venir, exceptionnellement permise par l'article 2130, peut-elle être opposée aux tiers à la seule condition d'une inscription générale

[1] *Compar.* Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 539 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 684 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 66 ; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle,* n° 276 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1386.

[2] Cassation, 11 mars 1895, Dalloz, 95, I, 305, et *Note* de Michel ; et *Pandectes françaises,* 95, I, 353, et *Note* de Jean Appleton.

prise en vertu de l'acte, comme pour l'hypothèque judiciaire ?

L'affirmative a été soutenue. L'article 2130 crée, dit-on, une classe particulière d'hypothèque conventionnelle, qui, comme toute hypothèque, doit être inscrite dans les termes où elle a été constituée. Or elle ne peut être que générale, car, au moment de l'acte, il est impossible de détailler et de spécifier dans l'inscription des biens qui n'existent pas ; et il est nécessaire que l'inscription soit prise au moment de l'acte, de manière à précéder l'acquisition des biens à venir et à atteindre chacun de ces biens au moment où il entre dans le patrimoine du débiteur. Les tiers ne peuvent s'en plaindre, car ils sont avertis par l'inscription générale de l'hypothèque qui grèvera tous les biens que le débiteur pourrait acquérir dans l'arrondissement où l'inscription a été prise.[1]

Ce système a été généralement repoussé, et la nécessité d'une inscription spéciale sur chacun des immeubles à venir du débiteur, à mesure de leur acquisition, est à bon droit reconnue. Il n'y a pas en effet deux classes d'hypothèques conventionnelles, les unes générales et les autres spéciales : toute hypothèque conventionnelle est soumise à la règle absolue de l'article 2129, qui exige que l'acte déclare « *spécialement* » la nature et la situation des immeubles hypothéqués ; et il en sera de l'hypothèque des biens à venir comme des autres hypothèques conventionnelles. D'ailleurs l'article 2130 montre bien qu'il en est ainsi, en déclarant « que chacun des biens que le débiteur acquerra par la « suite y demeure affecté *à mesure des acquisitions* », ce que la loi ne dit pas pour les hypothèques légales ou judiciaires, et ce qui prouve que le créancier n'est dispensé que d'une chose, de recourir à une nouvelle convention. Mais il devra prendre inscription, à mesure des acquisitions, dans les termes ordinaires, avec énonciation de l'espèce et de la

[1] Angers, 14 juillet 1842, Sirey, 42, II, 469.

situation des biens sur lesquels il entend faire valoir son hypothèque.[1]

966. — Une dernière question naît à propos de l'article 2130 : l'hypothèque sur les biens à venir dont il autorise la constitution peut-elle être exercée par le créancier à son gré, sans discuter préalablement les biens présents ? Ou au contraire n'est-elle que *subsidiaire*, de telle sorte que le créancier ne puisse se faire colloquer sur les biens à venir que si les biens présents sont insuffisants ?

La solution de cette question dépend de l'interprétation que l'on donne à ces mots de l'article 2130, « *biens* présents « et libres du débiteur » : si l'on entend par là, avec M. Colmet de Santerre, que l'hypothèque sur les biens à venir peut être conférée du moment où le patrimoine du débiteur est insuffisant, patrimoine mobilier ou immobilier, on doit conclure avec lui[2] que les deux hypothèques sont placées sur la même ligne, et que le créancier peut à son gré se faire colloquer sur les biens présents ou sur les biens à venir.

Mais si l'on admet, comme nous l'avons fait,[3] que l'hypothèque sur les biens à venir ne peut être constituée que si le débiteur a des immeubles présents qu'il hypothèque en même temps, on doit reconnaître à l'hypothèque des biens à venir un caractère accessoire et subsidiaire, et conclure, avec la Cour de Nancy,[4] que le créancier ne peut poursuivre

[1] Paris, 23 février 1835, Sirey, 35, II, 209 ; Paris, 20 juillet 1836, Sirey, 45, II, 212 ; Cassation, 27 avril 1846, Sirey, 46, I, 369, et Dalloz, 46, I, 224 ; Paris, 20 juin 1846, Sirey, 46, II, 333 ; Grenoble, 17 février 1847, Sirey, 48, II, 55, et Dalloz, 48, II, 52 ; Cassation, 11 mars 1895, Sirey, 96, I, 433, et *Note* de M. Wahl. — Duranton, XIX, n° 379 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 540 ; Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 4, p. 337 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 685 ; Colmet de Santerre, IX, n° 97 *bis* I ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 66.

[2] IX, n° 97 *bis* III.

[3] *Suprà,* Tome II, n° 962.

[4] 22 août 1867, Sirey, 68, II, 109, et Dalloz, 68, II, 117.

son paiement sur les biens à venir qu'après avoir vainement essayé de l'obtenir sur les biens présents.

967. — Le principe que nous venons de développer, que celui qui est propriétaire d'un immeuble peut seul conférer sur cet immeuble une hypothèque, reçoit une exception apparente que nous avons étudiée en matière de communauté conventionnelle.

Aux termes des articles 1507 et 1508, lorsque la femme ameublit ses immeubles, elle en conserve la propriété, mais elle confère à la communauté, dans la théorie que nous avons adoptée, un droit réel immobilier ; et le mari, chef de la communauté, peut en cette qualité donner une hypothèque sur les immeubles ameublis par la femme, à concurrence de la somme pour laquelle ils ont été ameublis.[1]

Cette exception à notre principe n'existe, disons-nous, qu'en apparence : la femme en effet, en ameublissant ses immeubles à concurrence d'une certaine somme, a par cette clause constitué le futur époux son mandataire à l'effet d'hypothéquer les immeubles ameublis pour la somme fixée au contrat de mariage ; et, lorsque le mari crée plus tard cette hypothèque, il la consent en sa qualité de mandataire de la femme et en vertu des pouvoirs que le contrat de mariage lui confère.

968. — Il ne suffit pas, avons-nous dit, d'être *propriétaire* d'un immeuble pour pouvoir l'hypothéquer ; il faut encore être *capable de l'aliéner.*

L'article 2124 le déclare expressément dans les termes suivants :

« Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être con-
« senties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les
« immeubles qu'ils y soumettent. »

C'était déjà la solution de notre ancien droit.

« Tous ceux qui ont la disposition de leurs biens, dit Bas-
« nage, peuvent les engager et hypothéquer valablement...

[1] *Voir* notre *Traité du Contrat de Mariage,* III, n°s 1569 et suiv.

« Puisqu'il n'y a que ceux qui ont la libre disposition de « leurs biens qui les puissent hypothéquer, il s'en suit que « les hypothèques constituées par les personnes qui n'ont « pas cette faculté sont de nul effet. »[1]

La raison n'en est pas, comme on le dit souvent, que l'hypothèque confère au créancier le droit de faire saisir et vendre les biens hypothéqués ; sans doute il a ce droit, mais tous les créanciers, hypothécaires ou non, ont le même droit sur tous les biens de leur débiteur, en vertu du droit de gage général qui leur est donné par les articles 2092 et 2093 du Code civil.

Mais l'hypothèque constitue un *droit réel* sur l'immeuble, comme le dit l'article 2094 ; droit immobilier, qui est, dans la théorie que nous avons adoptée,[2] un véritable démembrement de la propriété ; c'est à ce titre qu'elle ne peut être conférée que par une personne capable d'aliéner l'immeuble dont le droit de propriété va être ainsi démembré.

Du texte de l'article 2124, expliqué par le motif que nous venons de donner, il résulte qu'il ne suffit pas, pour conférer une hypothèque, d'avoir la capacité de s'obliger, mais qu'il faut être capable d'aliéner ; et nous avons maintenant à faire l'application de ce principe aux diverses classes d'incapables, les mineurs, les interdits, les personnes pourvues d'un conseil judiciaire, les absents et les femmes mariées, et à leurs représentants légaux.

969. — L'article 2126, développant le principe de l'article 2124, que les immeubles ne peuvent être hypothéqués que par ceux qui ont la capacité d'aliéner, s'exprime ainsi :

« Les biens des mineurs, des interdits, et ceux des ab- « sents, tant que la possession n'en est déférée que pro- « visoirement, ne peuvent être hypothéqués que pour les « causes et dans les formes établies par la loi, ou en vertu « de jugements. »

Pour les mineurs en tutelle, il résulte des articles 457 et

[1] *Des Hypothèques,* chap. III, n° II.

[2] *Suprà,* Tome II, n° 634.

458 que le tuteur ne pourra conférer d'hypothèque sur leurs biens qu'avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal.

La même solution doit être adoptée pour le mineur émancipé. On a essayé, il est vrai, de soutenir qu'il pouvait conférer une hypothèque pour sûreté des obligations que la loi lui permet de contracter, dans les limites de l'article 481. Mais cette opinion doit être repoussée, car elle repose sur une confusion entre la capacité de s'obliger, que la loi accorde dans une certaine mesure au mineur émancipé, et la capacité d'aliéner, qu'elle lui refuse formellement. Il résulte en effet de l'article 484 que le mineur ne peut « vendre, ni « aliéner, ni faire *aucun acte autre que ceux de pure admi-* « *nistration*, » sans observer les formalités prescrites au mineur non émancipé. Les articles 457 et 458 devront donc être observées pour l'un comme pour l'autre, lorsqu'il s'agira d'hypothéquer leurs immeubles.[1]

Il y a exception toutefois pour les mineurs émancipés autorisés à faire le commerce; aux termes de l'article 6 du Code de commerce, et par une disposition assez peu en harmonie avec le parallélisme établi dans nos lois entre la capacité d'aliéner et celle d'hypothéquer, le mineur émancipé, auquel il est interdit d'aliéner ses immeubles sans observer les articles 457 et 458, pourra les hypothéquer pour les besoins de son commerce.

970. — Si, au lieu d'être en tutelle, le mineur est placé sous la puissance paternelle, la question de savoir comment le père pourra hypothéquer ses immeubles se rattache à la question plus large, et très controversée, de l'étendue des pouvoirs du père administrateur légal. Nous rappelons, à ce point de vue, que trois opinions sont en présence: l'une, qui jouit de peu de faveur, et qui ne soumet le père

[1] Demolombe, *Cours de Code civil,* VIII, nos 289 et suiv. ; Aubry et Rau, I, § 132, texte et note 12, p. 551 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 613 ; Laurent, XXX, n° 490 ; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle,* n° 157.

à aucune restriction ; l'autre, soutenue par de nombreux partisans dans la doctrine, qui applique les règles de la tutelle ; enfin la troisième, qui paraît prévaloir en jurisprudence, et qui, pour les actes dépassant les pouvoirs de l'administrateur, pour la constitution d'hypothèque notamment, exige seulement l'autorisation du tribunal.

Il nous suffit de rappeler ici cette controverse, qui doit être examinée au Titre *De la Puissance paternelle.*

971. — La tutelle de l'interdit judiciaire étant organisée sur les mêmes bases que celle du mineur, d'après l'article 509, les mêmes formalités devront être suivies pour la constitution d'hypothèque.

Ces règles sont applicables aussi à l'interdit légal ; mais on admet généralement, et avec raison selon nous, que si les actes émanant de l'interdit judiciaire, la constitution d'hypothèque notamment, ne sont nuls que d'une nullité relative, il en est autrement des actes passés par l'interdit légal, qui sont nuls d'une nullité absolue, car la nullité est alors fondée non sur l'intérêt de l'incapable, mais sur des motifs d'ordre public.[1]

972. — Les personnes pourvues d'un conseil judiciaire, pour prodigalité ou pour faiblesse d'esprit, ne pourront constituer hypothèque sur leurs biens qu'avec l'assistance de leur conseil, la constitution d'hypothèque rentrant, comme l'aliénation, parmi les actes qui leur sont défendus, lorsqu'elles agissent seules.

Lorsque l'autorisation du conseil judiciaire est donnée par acte à part, cet acte doit-il être notarié ? La même question s'élève pour l'autorisation donnée à la femme par son mari, et nous les traiterons en même temps,[2] en indiquant dès à présent qu'à notre avis l'acte d'autorisation n'a pas besoin d'être authentique.

973. — Au cas d'absence, on admet généralement que

[1] Demolombe, *Cours de Code civil,* I, n° 193 ; Aubry et Rau, I, § 85, texte et note 6, p. 354.

[2] *Infrà,* Tome II, n° 977.

l'envoyé en possession provisoire peut se faire autoriser par jugement à hypothéquer les biens de l'absent, et que c'est à cette hypothèse que se réfèrent ces expressions assez obscures de l'article 2126, *in fine*, « *ou en vertu de jugements* ». Il est vrai que l'article 128 porte que « ceux qui ne jouissent « qu'en vertu de l'envoi provisoire ne pourront aliéner *ni* « *hypothéquer* les immeubles de l'absent » ; mais précisément la conciliation de ce texte avec l'article 2126 est que, en vertu de l'article 128, les envoyés provisoires, qui ne sont que des administrateurs des biens de l'absent, ne peuvent hypothéquer ; mais, avec l'autorisation de justice et lorsque les intérêts de l'absent l'exigeront, ils auront le droit de le faire.

Si l'on n'admettait pas cette interprétation de l'article 2126, on devrait l'entendre en ce sens que l'hypothèque judiciaire frappe les biens de l'absent comme elle frapperait les biens des personnes capables ; mais cela est tellement évident que le législateur n'a pas dû le dire, et le sens que nous proposons de donner à ces mots, « ou en vertu de ju- « gements », nous paraît beaucoup plus rationnel.[1]

974. — Le conjoint de l'absent peut opter pour la continuation ou pour la dissolution de la communauté, et, suivant qu'il prendra l'un ou l'autre de ces partis, ses pouvoirs vont être différents au point de vue de la constitution d'hypothèque.

Si l'époux présent opte pour la continuation de la communauté, et que ce soit le mari, il pourra hypothéquer les immeubles de communauté sans aucune autorisation, car il conserve les pouvoirs que lui donne l'article 1421 ; mais, quant aux biens propres de la femme absente, il n'est qu'un administrateur, et il ne pourra les hypothéquer qu'avec l'autorisation de justice.

[1] Demolombe, *Cours de Code civil*, II, n° 111 ; Aubry et Rau, I, § 153, texte et note 12, p. 608 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n°s 652-654 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques*, III, n° 980 ; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle*, n° 142.

Si c'est la femme qui est présente, il lui faudra cette autorisation aussi bien pour les immeubles de la communauté que pour les immeubles propres du mari, car, pour les uns comme pour les autres, elle n'a pas de pouvoirs propres, et elle doit être assimilée à un envoyé en possession provisoire.

Si l'époux présent opte pour la dissolution de la communauté, les pouvoirs de cet époux varieront encore suivant qu'il s'agit du mari ou de la femme : le mari, obligé de demander l'autorisation d'hypothéquer pour les immeubles mis dans le lot de la femme absente, n'aura besoin d'aucune autorisation pour ceux placés dans son propre lot. La femme au contraire devra se faire autoriser pour hypothéquer les uns ou les autres.

Enfin si, au lieu d'envoyés en possession provisoire, il s'agit d'envoyés en possession définitive, ils auront le droit d'hypothéquer les biens de l'absent sans autorisation, puisque, aux termes de l'article 132, celui-ci devrait respecter même les aliénations par eux faites.[1]

975. — La femme mariée sous un régime de liberté peut hypothéquer ses biens, mais seulement avec l'autorisation de son mari, conformément à la règle écrite dans l'article 217. Il n'y a d'exception que pour la femme commerçante, qui, aux termes de l'article 7 du Code de commerce, peut hypothéquer ses immeubles pour les besoins de son commerce.

La femme séparée de biens est soumise à la même règle, celle de l'autorisation maritale, et elle ne pourra conférer d'hypothèque sans cette autorisation, même pour sûreté des obligations qu'elle aurait valablement contractées seule, parce qu'elles ont pour cause des actes d'administration. En effet, d'après l'interprétation que nous avons proposée de l'article 1449, si la femme séparée acquiert le droit d'administrer librement son patrimoine et de s'obliger dans

[1] Martou, *Des Privilèges et Hypothèques*, III, nos 980 *bis* et 980 *ter*.

cette mesure, elle demeure soumise pour tous ses autres actes à la règle de l'autorisation maritale, et elle ne peut notamment ni aliéner ses immeubles ni les hypothéquer.[1]

Toutefois, si la séparation de biens était la conséquence de la séparation de corps prononcée au profit de la femme, celle-ci pourrait hypothéquer ses immeubles pour n'importe quelle cause et sans aucune autorisation, conformément à la loi du 6 février 1893 devenue le nouvel article 311 du Code civil.

976. — Si la femme est mariée sous le régime dotal, l'hypothèque, comme l'aliénation du fonds dotal, lui est interdite même avec l'autorisation de son mari ou de justice par les termes exprès de l'article 1554.

Mais trois questions naissent, sous ce régime, quant à l'hypothèque du fonds dotal : ce fonds peut-il être hypothéqué, lorsque la femme s'est réservé, par contrat, la faculté de l'aliéner ? Peut-il être hypothéqué, en dehors du contrat de mariage, pour l'établissement des enfants ? Enfin peut-il l'être pour les diverses causes prévues par l'article 1558 ? Sur ces trois questions, qui sont toutes les trois controversées, nous avons adopté la négative pour la première, et l'affirmative pour les deux dernières ; et nous ne pouvons que nous référer aux motifs que nous avons donnés à l'appui de ces diverses solutions.[2]

977. — Lorsque la femme consent une hypothèque avec l'autorisation de son mari, et que cette autorisation est donnée par le mari dans un acte à part, cet acte doit-il être notarié ?

L'affirmative est soutenue par M. Labbé.[3] Le consentement à la constitution de l'hypothèque par le débiteur incapable se compose ici, dit-il, de deux volontés qui se complètent, et elles doivent toutes les deux être constatées

[1] *Voir* notre *Traité du Contrat de Mariage,* III, n° 1203.

[2] *Voir* notre *Traité du Contrat de Mariage,* IV, n°s 1943, 2000 et 2009.

[3] *Note,* Sirey, 1881, I, 441 et suiv.

authentiquement. Puis, si l'acte d'autorisation du mari était sous seing privé et que l'écriture en fût méconnue, la vérification entraverait l'effet de l'hypothèque tout autant que si elle portait sur l'acte principal. Enfin l'on admet que le mandat donné à l'effet de consentir une hypothèque doit être authentique, parce que la volonté du constituant est contenue dans deux actes, et il y a analogie entre cette hypothèse et celle où la femme mariée constitue une hypothèque.

L'opinion contraire est, à bon droit, selon nous, généralement adoptée. La loi exige, dans l'article 2127, que l'hypothèque conventionnelle soit « *consentie* » par acte notarié, mais l'acte d'autorisation du mari n'est point un « consen- « tement à l'hypothèque » : c'est un consentement à ce que la femme vienne plus tard constituer une hypothèque, c'est un acte par lequel la femme est habilitée à engager ses immeubles, et la loi n'exige pas l'authenticité pour cet acte extrinsèque à la constitution d'hypothèque. Aucun texte en effet n'apporte d'exception à la règle de l'article 217, qui se borne à exiger que le consentement du mari soit donné « par écrit ».

Tout autre est le mandat à l'effet de constituer une hypothèque : il est vrai de dire qu'il fait partie de l'acte de constitution, car il est le commencement de la manifestation de volonté du constituant, et l'acte de constitution ne serait pas *en entier* un acte authentique, si le mandat n'était pas lui-même donné en cette forme.[1]

La même solution doit être adoptée, pour les mêmes motifs, lorsqu'il s'agit de l'autorisation donnée par acte à part par le conseil judiciaire au prodigue ou au faible d'esprit auquel il a été nommé.

978. — Lorsque l'hypothèque est constituée par un incapable, mineur ou femme mariée non autorisée, peut-elle

[1] Demolombe, *Cours de Code civil,* IV, n° 194 ; Aubry et Rau, V, § 472, texte et note 54, p. 151 ; Laurent, III, n° 119 ; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle,* n° 248.

être ratifiée, et quelles vont être les conséquences de la ratification, si l'on admet qu'elle est permise?

Nous croyons que la ratification est possible, car l'article 1338 la permet à propos de tous les actes annulables à raison de l'incapacité de l'une des parties, sans distinguer si ces actes sont ou non soumis à des formes solennelles pour leur validité. Il importe de remarquer d'ailleurs que la nullité ne tient pas à l'absence des formes solennelles, qui ont été observées, mais à l'incapacité du constituant, et cette incapacité est couverte par la ratification, suivant les règles générales concernant les actes annulables.

Toutefois si cette ratification de l'hypothèque est valable entre les parties contractantes, et si elle remonte entre elles rétroactivement au jour de l'acte constitutif, c'est une question très controversée que de savoir si, à l'égard des tiers, elle est opposable avec cet effet rétroactif. Si un créancier hypothécaire a acquis son droit d'hypothèque après la constitution faite par l'incapable, la ratification donnée par celui-ci fera-t-elle passer cette hypothèque la première à la date de l'acte annulable? La même question se pose à l'égard de l'acquéreur dont le titre se place entre la constitution d'hypothèque faite par l'incapable et sa ratification.

Controversée dans notre ancien droit,[1] cette question l'est aussi dans notre droit actuel.

Pour soutenir que la ratification remonte au jour de l'acte de constitution d'hypothèque par l'incapable, voici comment on raisonne. En principe, la ratification remonte au jour du contrat auquel elle s'incorpore et dont elle fait disparaître les vices. L'article 1338 déclare, il est vrai, par exception, que la ratification a lieu « *sans préjudice du droit* « *des tiers* »; mais il ne peut s'agir ici que du respect du droit des tiers dans la mesure où ceux-ci l'avaient acquis. Or, après l'acte constitutif, les tiers qui sont devenus créan-

[1] *Voir* Basnage, *Des Hypothèques,* chap. VII ; Pothier, *De l'Hypothèque,* n° 46, et *Introduct. à la Cout. d'Orléans,* Titre X, n° 24.

ciers hypothécaires n'ont acquis qu'un droit conditionnel quant à ses effets: ils ont su, par l'état des inscriptions, qu'une hypothèque précédait la leur, ils ont dû compter sur sa ratification, et, lorsqu'elle intervient, elle ne préjudicie pas à leurs droits en remontant au jour de l'acte.[1]

Toutefois MM. Aubry et Rau, partisans de la théorie que nous venons d'exposer, y apportent une grave restriction en ce qui concerne les tiers acquéreurs, et reconnaissent que la ratification de l'hypothèque ne peut avoir lieu à leur préjudice.[2]

979. — Nous croyons, pour notre part, que la ratification de l'hypothèque ne peut rétroagir, ni au préjudice des créanciers hypothécaires, ni au préjudice des acquéreurs intermédiaires, et cela par les raisons suivantes.

D'après l'article 1338, la ratification n'a lieu que « *sans « préjudice du droit des tiers* »: or le créancier hypothécaire, comme l'acquéreur intermédiaire, est un tiers, puisqu'il a acquis sur l'immeuble un droit réel, et l'article 1338 s'oppose à ce que la ratification lui nuise.

Cette solution est logique: dans cette lutte entre le créancier hypothécaire dont le titre est annulable et le créancier hypothécaire dont le titre est parfait, c'est ce dernier qui doit l'emporter, car, au moment où son droit est né, il n'existait sur l'immeuble aucun droit opposable au sien; et il ne serait pas juste qu'une ratification postérieure à la naissance de son droit vînt lui nuire.

En vain l'on objecte qu'au moment où l'hypothèque deuxième en date a été constituée, l'hypothèque créée par l'incapable était inscrite et a été par suite connue du créancier

[1] Paris, 15 décembre 1830, Sirey, 31, II, 83. — Merlin, Quest. de droit, V° *Hypothèque,* § IV, n°s 6-7 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n°s 487 et suiv. ; Valette, sur Proudhon, *De l'état des personnes,* II, p. 501 ; Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 31, p. 269-270 ; Labbé, *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires,* n° 74 ; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle,* n° 169.

[2] *Op. et Loc. citat.,* note 30.

hypothécaire postérieur. Elle était connue de lui, soit, mais elle était connue avec son vice originaire, connue comme hypothèque émanant d'un incapable, et c'est parce qu'il la savait frappée de nullité que le deuxième créancier hypothécaire n'a pas hésité à engager ses fonds. Il est donc juste de dire, avec l'article 1338, que la ratification ne peut avoir lieu au préjudice du droit acquis à ce tiers, pas plus qu'elle ne pourrait avoir lieu au préjudice d'un tiers acquéreur.[1]

979 I. — Tout autre est la situation des créanciers hypothécaires dont le droit est né postérieurement à la ratification donnée par l'incapable : vis-à-vis d'eux, qui n'avaient acquis aucun droit avant la ratification, la rétroactivité s'opère, et la constitution d'hypothèque faite par l'incapable vient à sa date, sans qu'il y ait besoin d'une inscription nouvelle pour faire connaître aux tiers la ratification.[2]

980. — L'hypothèque peut être constituée soit par le propriétaire lui-même, capable d'aliéner, soit par son mandataire conventionnel : nous aurons seulement à rechercher, dans la seconde section de ce chapitre, dans quelle forme le mandat doit être donné pour permettre de constituer une hypothèque sur les biens du mandant.

981. — Le débiteur dont les immeubles ont été saisis peut-il encore hypothéquer ces immeubles après la transcription de la saisie? Cette question est controversée, car, si l'article 686 du Code de procédure défend à la partie sai-

[1] Nancy, 1er mai 1812, Sirey, C. N., IV, I, 105 ; Paris, 23 juillet 1838, Sirey, 39, II, 5 ; Douai, 1er mars 1840, Sirey, 40, II, 289 ; Montpellier, 6 janvier 1866, Sirey, 66, II, 380, et Dalloz, 66, II, 41. — Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 42 ; Larombière, *Des Obligations,* IV, article 1338, nos 53 et suiv. ; Demolombe, *Cours de Code civil,* XXIX, nos 797 et suiv. ; Laurent, XVIII, nos 664 et suiv. ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* III, n° 979 ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 56 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1337. — *Compar.* Riom, 27 mai 1884, Dalloz, 85, II, 229.

[2] Cassation, 25 novembre 1856, Sirey, 57, I, 117. — Larombière, *Des Obligations,* IV, article 1338, n° 56 ; Laurent, XXXI, n° 61.

sie d'aliéner ses immeubles après la transcription de la saisie, il ne dit rien quant à l'hypothèque ; nous l'avons examinée en traitant des incapacités de vendre, et l'opinion que nous avons adoptée, et dans laquelle nous persistons, a été que la partie saisie pouvait hypothéquer même après la transcription de la saisie, ni le texte de l'article 686 ni les motifs de ce texte ne permettant d'étendre à l'hypothèque la prohibition écrite pour la vente.[1]

982. — Le débiteur qui a fait l'abandon de ses biens à ses créanciers, mais sans leur en transférer la propriété, peut-il constituer ensuite une hypothèque au profit d'un créancier qui ne figurait pas à cet abandon ? La négative a été soutenue, par le motif que cette cession implique au profit des créanciers un mandat irrévocable de faire vendre les biens cédés pour se payer sur le prix, et ce serait y porter une atteinte grave que de grever d'hypothèque les biens abandonnés.[2]

Nous reconnaissons que cette constitution d'hypothèque est de la part du débiteur une violation de ses engagements, qui peut autoriser les créanciers à demander la résolution de la cession ; mais, dans les rapports des créanciers auxquels la cession a été faite et de celui auquel l'hypothèque a été constituée, nous ne voyons pas comment la cession pourrait constituer un obstacle juridique à la validité de l'hypothèque. Elle ne crée en effet qu'une obligation de la part du débiteur, et elle ne constitue pas sur les biens cédés,

[1] *Voir* notre *Traité de la Vente,* I, n° 115. — *Adde* aux autorités citées en faveur de l'opinion adoptée par nous, Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 111 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 353, et II, n° 623. — *Contrà,* Merlin, Répert., V° *Saisie immob.,* § VI, art. I, n° 14 ; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle,* n° 164.

[2] Merlin, Répert., V° *Inscript. hypoth.,* § IV, n° 6 ; Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2146, n° 10 ; Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 124 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 621 ; Colmet de Santerre, V, n° 214 *bis*.

au profit du cessionnaire, un droit réel opposable aux tiers et faisant obstacle à la création d'hypothèque.[1]

983. — Le commerçant tombé en faillite est atteint, par le fait de la déclaration de faillite, d'une incapacité d'hypothéquer dont les articles 443, 446 et 447 du Code de commerce déterminent l'étendue.

L'étude de ces textes et des difficultés qu'ils font naître rentre dans l'examen des lois commerciales : aussi allons-nous nous borner à rapporter les principes généraux qui en découlent.

A partir du jugement déclaratif de faillite, qui dessaisit le débiteur de l'administration de ses biens, il ne peut plus conférer d'hypothèque. La même solution résulte, pour la liquidation judiciaire, de l'article 5 de la loi du 4 mars 1889.

Depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent, les hypothèques que le débiteur aurait constituées seront annulées, si elles ont été conférées pour des dettes antérieurement contractées.

Enfin, dans cette période suspecte, l'article 447 permet d'annuler même les hypothèques données pour dettes créées en même temps que l'hypothèque, si la convention est faite en fraude des droits des autres créanciers.

984. — Si le débiteur n'est pas commerçant, son insolvabilité, même son état de déconfiture ne mettent pas obstacle à ce qu'il confère une hypothèque soit à un créancier nouveau auquel il emprunte, soit à un créancier chirographaire ancien, dont il va ainsi garantir la créance au détriment de ses autres créanciers qui ne toucheront qu'un dividende. Cette situation meilleure faite à l'un de ses créanciers est licite, car il n'y a pas fraude de la part de celui-ci à veiller à ses intérêts, tandis que les autres n'y veillent pas ; et, hormis le cas de fraude, chacun est maître de disposer de son patrimoine comme bon lui semble, de payer

[1] Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 38, p. 272 ; Laurent, XXX, n° 495 ; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle,* n° 200.

un de ses créanciers et de ne pas payer l'autre, et par suite de donner une garantie à l'un par préférence aux autres.[1]

Cette possibilité pour un débiteur en déconfiture d'avantager un de ses créanciers, au détriment des autres, est un résultat très regrettable de l'absence de toute organisation de la déconfiture dans nos lois ; résultat d'autant plus regrettable que le plus souvent ce n'est pas au profit des créanciers les plus intéressants que ces garanties sont données. Partout où la loi a organisé la déconfiture, le dessaisissement du débiteur, et, comme conséquence l'impossibilité de conférer une hypothèque est la première conséquence de la déclaration de déconfiture, comme chez nous de la déclaration de faillite.[2]

En disant que l'hypothèque consentie par un débiteur insolvable à l'un de ses créanciers est valable, nous supposons un contrat sincère : si cette constitution d'hypothèque était simulée, et n'avait d'autre but que d'empêcher la poursuite des créanciers, il est à peine besoin de dire qu'elle serait nulle, comme tout acte simulé fait en fraude des droits des créanciers.

985. — L'interdiction d'hypothéquer un immeuble faite au propriétaire par son acte d'acquisition, à titre gratuit ou à titre onéreux, est généralement regardée comme valable, ainsi que l'interdiction d'aliéner, aux conditions suivantes : il faut qu'elle soit temporaire, et qu'elle ait pour cause l'intérêt légitime soit du vendeur ou donateur, soit d'un tiers, soit de l'acheteur ou donataire lui-même. Si elle était illimitée dans sa durée, ou n'avait pas pour cause un intérêt légi-

[1] Lyon, 13 juillet 1843, Sirey, 45, I, 417 ; Bordeaux, 17 août 1848, Sirey, 49, II, 46, et Dalloz, 49, II, 61 ; Cassation, 3 mars 1869, Sirey, 69, I, 149, et Dalloz, 69, I, 200 ; Cassation, 22 août 1882, Sirey, 83, I, 25, et Dalloz, 83, I, 296. — Persil, *Régime hypothécaire,* II, article 2146, n° 11 ; Duranton, XX, n° 80 ; Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 33, p. 270 ; Demolombe, *Cours de Code civil,* XXV, n° 225 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 622 ; Laurent, XVI, n° 480.

[2] *Voir* notamment le Code civil espagnol, article 1914.

time, elle serait nulle, comme portant atteinte au principe que la propriété est, par son essence, le droit absolu de disposer des choses qui nous appartiennent.

Nous nous bornons à rappeler ces principes, qui appartiennent à l'étude du Titre *De la Propriété*, et à l'examen des restrictions que la volonté ou la convention peuvent y apporter.

Ajoutons que, du moment où la prohibition d'hypothéquer est reconnue licite, elle doit s'interpréter restrictivement : elle constitue en effet une exception au principe de l'article 544, et toutes les exceptions doivent s'interpréter restrictivement.[1]

986. — Si, au lieu d'une prohibition d'hypothéquer l'immeuble donné ou vendu, le testament, la donation ou le legs contiennent la prohibition d'aliéner cet immeuble, cette défense entraîne-t-elle la défense d'hypothéquer ?

Non, d'après M. Laurent, qui base son système sur un principe que nous invoquions nous-même tout à l'heure, le principe de l'interprétation restrictive pour les clauses qui dérogent au droit commun. Il n'y a dans l'acte qu'une défense d'aliéner, on ne peut l'étendre à la défense d'hypothéquer.[2]

Pour nous, nous croyons que l'interdiction d'aliéner un immeuble entraîne l'interdiction de l'hypothéquer.

Cela résulte d'abord de l'article 2124, qui exige chez le constituant, pour pouvoir hypothéquer un immeuble, « la « capacité d'aliéner l'immeuble qu'il soumet à l'hypothè- « que ». Que cette capacité soit retirée par les lois sur la condition des personnes ou par le titre de propriété du constituant, cela importe peu : il n'est pas capable d'aliéner, dans un cas comme dans l'autre, il ne peut donc hypothéquer.

D'ailleurs la constitution d'hypothèque a toujours été considérée comme équivalant à une aliénation du fonds qu'elle

[1] Cassation, 24 avril 1894, Dalloz, 95, I, 91.
[2] XI, n° 408.

démembre, et interdite au même titre. Voici comment Justinien s'exprimait à ce propos :

« *Sancimus, sive lex alienationem inhibuerit, sive testa-*
« *tor hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit,*
« *non solum dominii alienationem, vel mancipiorum manu-*
« *missionem esse prohibendam, sed etiam ususfructus datio-*
« *nem, vel hypothecam.* »[1]

« Quoique nous soyons propriétaire d'un bien, dit Fer-
« rière, nous ne pouvons l'hypothéquer, si nous n'avons la
« libre administration de ce qui nous appartient ; car l'hy-
« pothèque est une espèce d'aliénation, et suppose dans le
« débiteur la faculté d'aliéner. »[2]

C'est cette doctrine ancienne qui a passé dans l'article 2124, dont la formule générale nous paraît justifier complètement le système que nous proposons.[3]

987. — Les personnes morales qui, d'après les règles du droit administratif, sont incapables d'aliéner les immeubles dont elles ont la propriété, ne peuvent les hypothéquer.

Mais les communes qui peuvent aliéner, en observant les formalités que la loi leur impose, les immeubles dépendant de leur domaine privé, peuvent-elles les grever d'hypothèques conventionnelles ? La question doit être résolue par les mêmes principes qui nous ont servi à résoudre cette question voisine, les biens du domaine privé d'une commune peuvent-ils être grevés d'hypothèque judiciaire ? Nous avons adopté l'affirmative, et les motifs que nous avons donnés doivent conduire à la même solution pour l'hypothèque conventionnelle.[4]

[1] L. 7, Cod., *De reb. non alienand.* (IV, 51).

[2] Dictionn. de droit et de pratique, V° *Hypothèque.*

[3] Paris, 11 novembre 1812, Sirey, c. n., IV, II, 194. — Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle,* n° 200.

[4] *Suprà,* Tome II, n°s 928-929.

SECTION II

Des formes extrinsèques de l'acte contenant constitution d'hypothèque.

988. — Aux termes de l'article 2127, l'hypothèque ne peut être consentie que « par acte passé en *forme authen-* « *tique* devant deux notaires, ou devant un notaire et deux « témoins. »

Cette nécessité de l'authenticité de l'acte contenant constitution d'hypothèque n'existait pas en droit romain, où l'hypothèque pouvait être conférée aussi bien par un acte privé que par un acte public. Mais déjà le droit impérial avait admis que le créancier hypothécaire par acte authentique l'emporterait sur le créancier dont le titre était sous seing privé.

« *Eum qui instrumementis publici confectis nititur, præponi* « *decerminus, etiamsi posterior is contineatur.* »[1]

Dans notre ancien droit français, le désir de prévenir les fraudes fit admettre la nécessité d'un acte authentique pour la constitution d'hypothèque.

« En France, dit Basnage, toutes promesses et contrats « sous signatures privées, quoy qu'approuvez par plusieurs « témoins, n'emportent aucune hypothèque que du jour de « la reconnaissance faite en jugement ou devant notaires,

[1] L. 11, Cod., *Qui potior. in pign.* (VIII, 18).

« pour éviter les fraudes et les suppositions qu'on pourrait « faire par des antidates. »[1]

La nécessité de l'authenticité, exigée aussi par les lois du 9 Messidor an III et du 11 Brumaire an VII, a été conservée par le Code civil, qui, dans l'article 2127, ne se borne pas à exiger un acte authentique, mais veut un acte notarié, et la Cour d'Angers, lors du projet de réforme hypothécaire de 1841, a très bien donné les motifs de cette exigence :

« Le Code civil veut que la présence d'un officier public « soit, pour les tiers que peut léser l'hypothèque, une ga- « rantie de la bonne foi qui a présidé au contrat, et, autant « que possible, de la numération effective des deniers. Il « fallait d'ailleurs éviter qu'une simple dénégation d'écri- « ture pût, à l'instant de l'ordre, entraver l'opération du « juge commissaire, et engendrer, pendant un assez long « laps de temps, le règlement définitif entre les créanciers. »[2]

989. — Si la loi exige que l'acte constitutif d'hypothèque soit reçu devant notaire, elle n'exige pas la présence *réelle* du notaire en second ou des témoins. L'article 2 de la loi du 21 juin 1843, qui énumère les actes pour lesquels cette présence réelle est requise, n'y mentionne pas la constitution d'hypothèque.

Du moment où l'acte est notarié, cela suffit, et il n'est pas nécessaire qu'il soit reçu en minute. Cette solution résulte de l'article 2148, qui permet au créancier de requérir inscription, du moment où il représente au conservateur « l'original *en brevet* ou une expédition authentique du ju- « gement ou de l'acte qui donne naissance au privilège ou « à l'hypothèque ».[3]

[1] *Des Hypothèques,* chap. XII. — *Sic* Pothier, *De l'Hypothèque,* n° 10.

[2] *Docum. sur la réforme hypoth.,* III, n° 489.

[3] Alger, 7 mai 1870, Sirey, 71, II, 105, et Dalloz, 71, II, 1. — Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 46, p. 273 ; Lyon-Caen, *Note,* Sirey, 71, II, 105 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n°s 665 et 942 ; Laurent, XXX, n° 942 ; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle,* n° 214 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des*

Mais, en législation, nous nous associons à la demande de réforme faite en 1841 par la Faculté de Caen, qui voulait que l'hypothèque ne pût résulter que d'un acte *portant minute :*

« Il sera plus difficile, disait avec raison la Faculté, de « l'altérer ou de la supprimer, et toute partie intéressée « pourra en prendre connaissance. »[1]

990. — Si l'acte constitutif de l'hypothèque n'a pas été enregistré dans les délais, il n'en aura pas moins une valeur suffisante pour donner naissance à l'hypothèque. Il est vrai que l'article 9 de la loi du 5 décembre 1790 décidait qu'à défaut d'enregistrement dans les délais fixés, l'acte notarié ne pouvait valoir que comme acte sous seing privé ; mais cette disposition excessive n'a point été reproduite par la loi du 22 Frimaire an VII, qui se borne à prononcer une amende contre le notaire qui n'a point fait enregistrer ses actes dans les délais. La date de l'acte notarié ne dépend donc plus de son enregistrement, mais de sa réception par un notaire, et cet acte, parfait à l'égard des parties, produira tous ses effets pour la constitution de l'hypothèque.[2]

991. — Si l'hypothèque doit être constituée par acte authentique, il n'est pas nécessaire que l'obligation qu'elle garantit, et qui peut résulter d'un acte séparé et antérieur à la création de l'hypothèque, résulte d'un acte authentique. Les conditions de validité de l'obligation demeurent régies par les articles 1104 et suivants, qui n'exigent aucune forme solennelle, et la constitution d'hypothèque seule est soumise à la règle spéciale de l'article 2127.[3]

Privilèges et Hypothèques, II, n° 1411. — *Contrà,* Duranton, XIX, n° 357 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* III, n° 1057.

[1] *Docum. sur la réforme hypoth.,* III, n° 490.

[2] Cassation, 23 janvier 1810, Sirey, C. N., III, I, 144 ; Bourges, 17 mai 1827, Sirey, C. N., VIII, II, 369. — Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 507 ; Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 47, p. 274 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1410. — *Contrà,* Merlin, Répert., V° *Enregistrement,* § IV, et *Hypothèque,* sect. II, § III, art. VI, n° 4.

[3] Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2127, n° 7 ; Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 48, p. 274.

992. — Si l'hypothèque est constituée par un mandataire, la procuration qui lui est conférée par le constituant doit être donnée par acte notarié. Comme nous l'avons dit en examinant la question d'une façon générale à propos de la forme du mandat, toutefois que l'authenticité est exigée pour prévenir les fraudes et protéger les tiers, le mandat doit être lui-même authentique.[1] Le consentement nécessaire à la constitution de l'hypothèque est donné d'abord par le mandant, et, lorsque le mandataire comparaît à l'acte de constitution, il ne fait qu'exprimer la volonté du mandant : l'acte de constitution ne serait donc pas authentique dans toutes ses parties s'il ne l'était qu'à partir du moment où le mandataire entre en scène.[2]

[1] *Voir* notre *Traité du Mandat,* n° 40.

[2] Riom, 31 juillet 1851, Sirey, 51, II, 698 ; Cassation, 23 mai 1854, Sirey, 54, I, 322 ; Cassation, 12 novembre 1855, Sirey, 56, I, 254, et Dalloz, 55, I, 453 ; Amiens, 9 avril 1856, Sirey, 56, II, 333, et Dalloz, 57, II, 20 ; Toulouse, 9 juillet 1859, Sirey, 59, II, 407, et Dalloz, 59, II, 201 ; Cassation, 19 janvier 1864, Sirey, 64, I, 221, et Dalloz, 64, I, 292 ; Bordeaux, 26 avril 1864, Sirey, 64, II, 262, et Dalloz, 64, I, 292 ; Bordeaux, 26 avril 1864, Sirey, 64, II, 262, et Dalloz, 64, II, 220 ; Paris, 5 juillet 1877, Sirey, 77, II, 295, et Dalloz, 77, II, 168 ; Amiens, 24 février 1880, Sirey, 82, II, 198 ; Paris, 7 août 1880, Sirey, 81, II, 93, et Dalloz, 82, I, 118 ; Cassation, 15 novembre 1880, Sirey, 81, I, 253, et Dalloz, 82, I, 118 ; Cassation, 27 juin 1881, Sirey, 81, I, 441, et Dalloz, 82, I, 175 ; Cassation, 29 juin 1881, Sirey, 83, I, 218, et Dalloz, 82, I, 106 ; Orléans, 12 mai 1882, Dalloz, 83, V, 288 ; Cassation, 23 décembre 1885, Sirey, 86, I, 145, et Dalloz, 86, I, 197 ; Paris, 5 décembre 1887, Dalloz, 89, II, 186. — Merlin, Répert., V° *Hypothèque,* sect. II, § III, art. 6 ; Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 68 ; Mourlon, *De la Transcription,* II, n° 1006 ; Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 49, p. 274 ; Labbé, *Note,* Sirey, 81, I, 441 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* I, n° 470, et II, n° 657 ; Laurent, XXX, n° 447 ; Colmet de Santerre, IX, n° 94 *bis* V ; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 58 2° ; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle,* n° 231 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1413. — *Contrà,* Cassation, 27 mai 1819, Sirey, c. n., VI, I, 78 ; Cassation, 5 juillet 1827, Sirey, c. n., VIII, I, 631. — Persil, *Régime hypothécaire,*

993. — Il a été apporté à la solution que nous venons d'adopter une exception importante en matière de sociétés commerciales. La jurisprudence décidait en effet, par application des principes que nous avons rappelés, que l'acte sous seing privé de formation d'une société, ou les délibérations sous seing privé par elle prises ne pouvaient pas contenir valablement pour son directeur ou les membres du conseil d'administration le pouvoir d'hypothéquer : c'était le mandat sous-seing de constituer une hypothèque, nul à ce titre.[1]

Il y avait là un réel inconvénient pour la marche des affaires commerciales : les actes de constitution des sociétés peuvent être (article 39 du Code de commerce) et sont le plus souvent des actes sous seing privé, les délibérations sont toujours rédigées en cette forme, et la nécessité de recourir à l'intervention d'un notaire soit pour la réception de l'acte de société, soit pour la réception de la délibération donnant mandat d'hypothéquer, était dans le premier cas une dépense, et dans les deux cas une entrave à la marche normale des affaires sociales.

C'est cette raison d'utilité pratique qui a déterminé le législateur à voter, en 1893, une disposition qui ne se justifie pas par la logique du droit, mais qui s'explique par des raisons d'économie et de rapidité. L'article 69 de la loi du 1er août 1893 est ainsi conçu :

« Il pourra être consenti hypothèque au nom de toute « société commerciale en vertu des pouvoirs résultant de « son acte de formation même sous seing privé, ou des « délibérations ou autorisations constatées dans les formes « réglées par ledit acte. L'acte d'hypothèque sera passé en « la forme authentique, conformément à l'article 2127 du « Code civil. »

I, article 2127, n° 6 ; Duranton, XIX, n° 357 *bis* ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 510 ; Marcadé, *Revue critique,* 1852, p. 190 et suiv.; Pascaud, *Revue critique,* 1882, p. 157 et suiv.

[1] *Voir* notamment Cassation, 29 janvier 1895, *Pandectes françaises,* 96, I, 30.

994. — Rappelons qu'autre chose est le mandat donné à l'effet de constituer une hypothèque, lequel doit être authentique, autre chose l'autorisation donnée par le mari ou par le conseil judiciaire pour l'hypothèque des biens de la femme ou du prodigue, autorisation qui, dans la théorie que nous avons adoptée, peut être donnée dans un acte sous seing privé.[1]

D'un autre côté, si une hypothèque est nulle pour avoir été constituée par un mandataire en vertu d'un acte sous seing privé, nous aurons à examiner si la nullité dont elle est atteinte n'est qu'une nullité relative, pouvant être ratifiée par un acte authentique qui émane du constituant, ou si au contraire la nullité est absolue à l'égard des tiers.[2]

995. — Si l'hypothèque a été constituée par acte sous seing privé, mais que les parties d'accord aient déposé cet acte au rang des minutes d'un notaire, ou même que ce dépôt ait été effectué par le débiteur seul, l'hypothèque sera valable. Bien que l'opinion contraire ait été soutenue par un jurisconsulte éminent,[3] la justification de l'interprétation que nous adoptons nous paraît résulter clairement de la discussion de l'article 2127 au Conseil d'Etat, dans la séance du 5 Ventôse an XII :

« M. Duchâtel demande qu'on attribue à la reconnais-
« sance de la signature, lorsqu'elle est faite devant notaire,
« la même force que lorsqu'elle est faite en jugement.

« M. Berlier dit qu'il n'y a point de motif pour admettre
« l'amendement proposé par M. Duchâtel. En effet, s'il s'agit
« d'un titre sous seing privé dont la reconnaissance ait été
« poursuivie en justice, l'article 32 y pourvoit : l'hypothè-
« que en ce cas devient judiciaire ; si au contraire il s'agit
« d'un titre sous seing privé que toutes les parties intéres-
« sées aient porté à un notaire pour lui donner la forme
« authentique par la transcription, l'annexe ou une nou-

[1] *Suprà,* Tome II, nos 972 et 977.
[2] *Infrà,* Tome II, nos 1005-1007.
[3] Colmet de Santerre, IX, n° 95 *bis* IV.

« velle rédaction, l'article en discussion suffit ; car l'acte « notarié donne ouverture à l'hypothèque, et dès ce mo- « ment elle peut être acquise en observant les formalités « prescrites par la loi.

« M. Treilhard dit que les actes sous seing privé ainsi re- « connus deviennent des actes devant notaires, pourvu que « la reconnaissance ait lieu de la part de ceux contre les- « quels ils font preuve. S'ils n'étaient déposés que par l'une « des parties, à moins que ce ne fût le débiteur, la recon- « naissance ne serait pas complète.

« L'article est adopté. »[1]

Si nous ajoutons que cette solution était déjà la solution de notre ancien droit, au témoignage de Pothier,[2] nous aurons démontré, il nous semble, que l'article 2127 doit recevoir l'interprétation que nous proposons, et qui est généralement adoptée.[3]

996. — Les travaux préparatoires, que nous venons d'invoquer pour établir que l'hypothèque peut résulter du dépôt de l'acte sous seing privé fait chez un notaire par les deux parties, ou par le débiteur, démontrent en même temps qu'il n'en serait pas ainsi du dépôt fait par le créancier seul, sans le concours ou du moins sans le consentement du débiteur. Alors, suivant les expressions de M. Treilhard, la reconnaissance ne serait pas complète, et l'acte resterait un

[1] Fenet, XV, p. 360-361.

[2] *De l'Hypothèque,* n° 19.

[3] Cassation, 11 juillet 1815, Sirey, C. N., V, I, 73 ; Cassation, 25 février 1832, Sirey, 32, I, 790 ; Paris, 5 décembre 1885, Dalloz, 87, II, 55 ; Cassation, 3 décembre 1889, Sirey, 91, I, 525, et Dalloz, 90, I, 105. — Merlin, Répert., V° *Hypothèque,* sect. II, § III, art. 6 ; Grenier, *Des Hypothèques,* I, n°s 67 et 68 ; Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2127, n° 4 ; Duranton, XIX, n° 361 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 506 ; Larombière, *Des Obligations,* V, article 1317, n° 40; Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 43, p. 273 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 661; Thézard, *Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques,* n° 58 4° ; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle,* n° 228.

acte sous seing privé vis-à-vis du constituant, acte qui ne peut dès lors emporter hypothèque.[1]

997. — L'hypothèque conventionnelle ne peut résulter non plus de la reconnaissance faite en justice de l'écriture et de la signature d'un acte sous seing privé, contenant constitution d'hypothèque. L'acte sous seing privé, même reconnu en justice, demeure un acte sous seing privé, et, lorsque la loi exige la forme authentique non pas *ad probationem*, mais *ad solemnitatem*, la reconnaissance judiciaire ne peut remplacer la forme qui manque à l'acte de constitution. Le jugement pourra produire, suivant les cas, une hypothèque judiciaire : il ne permettra jamais à l'acte de donner naissance à une hypothèque conventionnelle.[2]

998. — Du principe que l'hypothèque conventionnelle ne peut résulter que d'un acte notarié résulte une autre conséquence : c'est que tout ce qui concerne l'étendue et les effets de l'hypothèque doit être réglé par l'acte authentique qui la constitue. Nous avons dit que l'obligation que l'hypothèque va garantir peut résulter d'un acte sous seing ; mais, si les parties procèdent ainsi, il est nécessaire que l'acte constitutif d'hypothèque se suffise à lui-même, et que l'on ne soit pas obligé, pour apprécier l'étendue de l'hypothèque, de se reporter à l'acte sous seing ; sinon, l'hypothèque ne résulterait pas *complètement* d'un acte authentique, ce que veut la loi.[3]

999. — Il ne suffit pas, pour constituer une hypothèque conventionnelle, d'un acte rédigé en la forme authentique, il faut encore qu'il soit reçu par un notaire : tout autre acte authentique ne répondrait ni aux exigences du texte précis

[1] Metz, 24 mars 1819, Sirey, C. N., VI, II, 46. — Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 44, p. 273 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 661.

[2] Toulouse, 18 décembre 1816, Sirey, C. N., V, II, 215. — Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 45, p. 273.

[3] Cassation, 1er décembre 1852, Sirey, 54, I, 93, et Dalloz, 54, I, 275. — Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 656 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques*, III, n° 982 *bis*.

de l'article 2127, qui indique que l'hypothèque « ne peut « être consentie que par un acte passé en forme authentique « devant deux notaires, ou devant un notaire et deux té- « moins », ni au but de la loi qui a voulu, comme nous l'avons dit,[1] l'intervention du notaire pour éclairer les parties sur la gravité de leur acte et donner à leur convention une forme claire et précise.

C'est ainsi, notamment, que l'hypothèque ne peut résulter des conventions des parties constatées dans le procès-verbal dressé en conciliation par le juge de paix, conformément à l'article 54 du Code de procédure, bien que ce procès-verbal doive avoir en soi la force d'un acte authentique. Mais la préoccupation des rédacteurs du Code de procédure, révélée par les Travaux préparatoires, a été de ne pas permettre au juge de paix de recevoir des actes emportant hypothèque, et c'est pour éviter toute équivoque sur ce point que le projet de l'article 54 a été remanié, et que l'on y a inséré ces mots qui ne laissent subsister aucun doute :

« Les conventions des parties, insérées au procès-verbal, « ont force *d'obligation privée.* »

Cette modification a été introduite à la suite d'observations très judicieuses du Ministre de la justice, dans la séance du Conseil d'Etat du 5 Floréal an XIII :

« M. le Rapporteur observe que les conventions des par- « ties (en conciliation) doivent valoir comme celles qui « sont faites sous seing privé.

« M. le Ministre de la justice dit qu'il est nécessaire « de bien expliquer cette intention, attendu que, de droit « commun, toute convention faite devant le juge est exécu- « toire et emporte hypothèque ; que cependant on ne peut « pas qualifier celles dont il s'agit de conventions sous « seing privé ; qu'il faut dire seulement qu'elles n'ont pas « des effets plus étendus que ces sortes de conventions. »[2]

1000. — La constitution d'hypothèque doit-elle être

[1] *Suprà,* Tome II, n° 988.

[2] Locré, *Esprit du Code de procédure,* I, p. 132.

acceptée par le créancier au profit duquel elle est faite ?

On a soutenu la négative par un double motif : le premier, que l'article 2129, qui indique les conditions nécessaires à la constitution de l'hypothèque conventionnelle, n'y parle pas de l'acceptation par le créancier ; le second, que « dans un contrat unilatéral, une acceptation de la part de « celui envers lequel on s'engage est inutile, puisque lui-« même ne s'oblige à rien ».[1]

Cette solution doit être repoussée. L'hypothèque *conventionnelle*, comme son nom l'indique, est celle qui résulte d'un accord des parties, du débiteur ou constituant et du créancier ; et l'article 2129 n'avait pas besoin de le dire, car, en qualifiant cette hypothèque de conventionnelle, il indiquait par là même la nécessité d'une acceptation. Quant à l'idée exprimée par la Cour de Lyon, que les conventions unilatérales n'auraient pas besoin d'être acceptées, elle nous paraît une véritable erreur. La convention unilatérale ne diffère de la convention synallagmatique qu'en un point, c'est qu'une seule des parties y est obligée envers l'autre ; mais, comme la convention synallagmatique, elle ne se forme que par le concours des volontés, *duorum pluriumve in item placitum consensus*. Le caractère unilatéral de la convention d'hypothèque n'empêche donc pas la nécessité de l'acceptation.[2]

1001. — L'acceptation de la convention d'hypothèque peut être faite par acte séparé, et alors elle rétroagit au jour de l'acte de constitution.[3]

Mais cette acceptation peut être donnée par acte sous seing privé, et même sans acte exprès, tacitement, par des faits émanant du créancier et impliquant de sa part la volonté d'accepter l'hypothèque constituée à son profit. L'opi-

[1] Lyon, 9 mai 1837, Sirey, 37, II, 468. — *Adde* Paris, 22 avril 1835, Sirey, 35, II, 373.

[2] Toulouse, 31 juillet 1830, Sirey, 31, II, 133. — Aubry et Rau, III, § 266, p. 274.

[3] *Voir* Cassation, 5 août 1839, Sirey, 39, I, 753.

nion contraire, qui exige un acte exprès, reçu devant notaire comme l'acte de constitution lui-même, a été soutenue sous la loi belge du 16 décembre 1851, par M. Laurent,[1] et à côté des raisons de texte spéciales à cette loi qu'il donne, il invoque un principe qui devrait conduire à la même solution sous notre Code civil. La constitution d'hypothèque est un acte solennel, dans lequel, comme nous l'avons dit nous-même, la forme notariée est requise, *non ad probationem, sed ad solemnitatem*. Or, ajoute M. Laurent, du moment où le contrat d'hypothèque est un contrat solennel, il doit l'être dans toutes ses parties constitutives, aussi bien en ce qui touche le consentement du créancier que celui du débiteur.

Nous ne le croyons pas. En exigeant pour la constitution d'hypothèque un acte notarié, le législateur a voulu, ainsi que nous l'avons dit, assurer deux choses : il a voulu que le débiteur fût averti de la gravité et des conséquences de l'acte qu'il allait faire, puis que la rédaction de cet acte fît apparaître nettement aux tiers quels biens sont grevés d'hypothèque. Or ce double résultat est atteint lorsque la constitution d'hypothèque est faite par le débiteur devant notaire ; et on ne comprendrait pas que la loi exigeât encore l'intervention du notaire pour l'acceptation du créancier, qui n'a plus qu'à recueillir le bénéfice d'un acte régulièrement fait.[2]

1002. — La constitution d'hypothèque peut être acceptée par un mandataire du créancier, puisque nous pouvons accomplir par mandataire tous les actes juridiques que nous avons le droit de faire.

Ce mandat n'a pas besoin d'être écrit : comme le créan-

[1] XXX, nos 440 et suiv.

[2] Cassation, 5 août 1839, Sirey, 39, I, 753 ; Cassation, 4 décembre 1867, Sirey, 68, I, 252 ; Chambéry, 20 janvier 1872, Sirey, 72, II, 125, et Dalloz, 73, II, 146. — Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 51, p. 274-275 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n° 659; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle*, n° 243.

cier peut accepter même tacitement la constitution d'hypothèque, ainsi que nous venons de l'admettre, il s'ensuit que cette acceptation n'est soumise à aucune forme spéciale, pas plus pour le mandataire du créancier que pour le créancier lui-même. L'hypothèque pourrait même être acceptée par un tiers sans mandat, se portant fort du créancier, mais à charge de ratification par celui-ci.

Toutefois cette acceptation ne pourrait être faite par le notaire lui-même qui reçoit l'acte de constitution, et qui déclarerait accepter au nom et dans l'intérêt du créancier. C'est en effet un principe essentiel des fonctions notariales que le notaire ne peut instrumenter dans les actes auxquels il figure comme partie à un titre quelconque ; aussi, quelqu'ancienne que soit la pratique de cette acceptation par le notaire, il faut la tenir pour illégale, la constitution d'hypothèque étant nulle à raison du rôle actif que le notaire instrumentaire y a joué.[1]

1003. — On admet en général que les obligations civiles peuvent être constituées, comme les obligations commerciales, dans la forme à ordre, par un acte authentique ou par un acte sous seing privé. La Cour de cassation, chambre civile, a rendu sur ce point un remarquable arrêt de principe, sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Desjardins ; en voici les termes :

« Attendu que cette stipulation (de paiement *au créan-*
« *cier ou à son ordre)* est licite, aucune disposition de loi
« n'interdisant de contracter en la forme authentique une
« obligation pour cause civile ou commerciale, payable à
« l'ordre du créancier ;

[1] Rouen, 2 février 1829, Sirey, C. N., IX, II, 198 ; Toulouse, 31 juillet 1830, Sirey, 31, II, 133 ; Besançon, 17 juillet 1844, Sirey, 46, II, 171, et Dalloz, 45, II, 171 ; Cassation, 3 août 1847, Sirey, 47, I, 725, et Dalloz, 47, I, 405 ; Limoges, 11 juillet 1854, Sirey, 54, II, 769, et Dalloz, 55, II, 50 ; Amiens, 9 avril 1856, Sirey, 56, II, 333, et Dalloz, 57, II, 20 ; Grenoble, 8 juillet 1858, Sirey, 60, II, 188, et Dalloz, 59, II, 83 ; Cassation, 11 juillet 1859, Sirey, 59, I, 551, et Dalloz, 59, I, 401. — Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 52, p. 275 ; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle,* n° 245.

« Attendu que l'effet légal de la stipulation *payable à ordre* « est de rendre l'obligation transmissible par l'endossement « qui manifeste l'ordre du créancier, et que cette trans- « mission s'accomplit à l'égard du débiteur cédé aussi bien « qu'entre le cédant et le cessionnaire ;

« Attendu qu'il n'y a aucune différence à faire à cet égard « entre le débiteur d'une obligation civile et le débiteur « d'un engagement commercial ;

« Attendu en effet que les dispositions des articles 1690 « et 1691 du Code civil ne sont pas d'ordre public ; que les « contractants peuvent y déroger, et qu'ils y dérogent vir- « tuellement lorsque, s'obligeant à payer à l'ordre du créan- « cier, le débiteur accepte par cela même, à l'avance, « pour seul propriétaire de la créance celui qui sera por- « teur de cet ordre, et s'engage à payer à celui-ci et à payer « à lui seul la somme promise, sans exiger aucune autre « formalité que la représentation du titre et de l'ordre du « créancier. »[1]

Du moment où la créance est ainsi transmissible par la voie de l'ordre, l'hypothèque qui la garantit et qui en est l'accessoire sera transmise de la même façon.[2]

Il en est de même si une obligation civile est créée transmissible au porteur : le porteur du titre, approprié de la créance par la possession du titre qui la crée, sera investi en même temps de l'hypothèque qui avait été constituée pour en assurer le recouvrement.[3]

1004. — Faut-il aller plus loin, et reconnaître la validité de la constitution d'une hypothèque créée à ordre ou au porteur, et transmissible isolément, indépendamment de toute créance, par la voie de l'ordre ou de la tradition ?

[1] 8 mai 1878, Dalloz, 78, I, 241.

[2] Alger, 7 mai 1870, Sirey, 71, II, 105. — Beudant, *Note,* Dalloz, 78, I, 241 ; Pascaud, *Les Obligations civiles à ordre,* Revue critique, 1878, p. 705 et suiv. ; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle*, nos 219 et suiv.

[3] Bordeaux, 18 mars 1852, Sirey, 52, II, 321, et Dalloz, 52, II, 280 ; Paris, 15 mai 1878, Dalloz, 82, II, 106.

L'affirmative a été soutenue. Cette opinion prend pour point de départ l'idée que l'hypothèque peut être détachée de la créance qu'elle garantit, et transmise isolément à un tiers. Cela étant, rien ne s'oppose à la constitution d'une hypothèque à ordre ou au porteur : qui pourrait s'en plaindre ? Ce n'est pas le créancier, pour lequel cette forme ne présente que des avantages ; ce n'est pas le débiteur, auquel il est indifférent de payer à l'échéance à tel ou à tel créancier ; et ce ne sont pas les tiers, qui ont été avertis par l'inscription de la personnalité du créancier dénommé, auquel se feront toutes les sommations et notifications. On doit donc tenir pour valable une forme d'hypothèque qu'aucun texte et aucun principe ne condamne.[1]

Nous ne pouvons admettre cette théorie.

Sans discuter en ce moment une question que nous examinerons plus tard, celle de savoir si l'hypothèque peut être cédée indépendamment de la créance, et en la supposant résolue par l'affirmative, nous disons que l'hypothèque ne peut être ni à ordre ni au porteur, mais bien nominative.

Nous en trouvons la preuve dans l'article 2148, qui, indiquant les énonciations que doit renfermer le bordereau d'inscription hypothécaire, énonce en première ligne « les « nom, prénom et domicile du créancier ». Cette formalité, à laquelle la loi attache de l'importance puisqu'elle la place en tête des conditions du bordereau d'inscription, exclut la forme à ordre ou au porteur, où le créancier serait un inconnu, le bénéficiaire de l'endos ou le porteur à l'échéance.

D'ailleurs comment remplir, avec cette forme, les conditions de la purge ? On indique, dans le système que nous combattons, qu'elles seront remplies vis-à-vis du créancier primitif, dénommé dans l'inscription, à la charge probablement par celui-ci de reporter les actes qu'il recevrait au créancier hypothécaire actuel. Mais, d'un côté, où trouvera-t-il ce dernier, et comment sera-t-il informé des diver-

[1] Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle,* n° 226.

ses mutations que l'hypothèque aurait pu recevoir, et, de l'autre, où la loi lui impose-t-elle cette tâche difficile?

Aussi, sans même examiner quels seraient les inconvénients ou les avantages de la création de l'hypothèque à ordre ou au porteur, nous disons que cette forme de l'hypothèque est illégale sous l'empire du Code civil, car elle est en opposition non seulement avec le texte de l'article 2148, mais avec tout l'ensemble de notre organisation hypothécaire.

1005. — Si l'acte de constitution d'hypothèque est nul en la forme, par exemple parce que le constituant y aurait été représenté par un mandataire par acte sous seing privé, cette nullité n'est-elle que relative et peut-elle être couverte rétroactivement par un acte confirmatif régulier et authentique?

La question nous paraît très difficile.

Une première opinion soutient que le vice de la constitution d'hypothèque est purement relatif, et qu'il disparaît rétroactivement du jour de la confirmation. La convention d'hypothèque existe, dit-on, elle est défectueuse, mais elle n'est pas inexistante. Lorsque plus tard l'irrégularité dont elle était atteinte se trouve réparée, la convention est validée, et les effets de la confirmation remontent, suivant les principes généraux, à l'acte confirmé. Quant aux tiers, il n'y a pas lieu de s'en préoccuper, car l'inscription prise, même en vertu d'un acte irrégulier, a été pour eux un avertissement : ils savent, en la voyant, que la confirmation est possible, et c'est à eux de se renseigner pour savoir si elle a eu lieu, car elle est indépendante de toute publicité nouvelle.[1]

1006. — Une seconde opinion affirme que la nullité est absolue, et qu'elle ne peut être couverte par aucun acte confirmatif.

Cette opinion invoque avec force, il faut le reconnaître,

[1] Pau, 16 mars 1893, Sirey, 93, II, 125. — Labbé, *Note,* Sirey, 1881, I, 441 ; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle,* n° 250.

l'article 1339 : en matière de donations, pour lesquelles la loi exige la forme solennelle de l'acte notarié comme pour l'hypothèque, ce texte déclare que si l'acte est nul en la forme il ne peut être réparé par aucun acte confirmatif, mais doit être refait. La solution doit être la même pour l'hypothèque, car, du moment où un acte solennel est nul en la forme, il n'a pas d'existence aux yeux de la loi : l'acte solennel n'a de valeur que par l'observation des formes qui le constituent.

D'ailleurs la confirmation ne peut avoir de raison d'être, car elle n'a jamais lieu que sous la réserve des droits des tiers, et, comme l'hypothèque n'est destinée à produire effet qu'à l'égard des tiers, vainement la confirmerait-on, car cette ratification ne pourrait leur être opposable.[1]

1007. — Une troisième opinion, moins logique en apparence, mais qui pourtant nous semble préférable, distingue entre l'acte de constitution d'hypothèque et l'inscription prise en vertu de cet acte : la ratification validera l'acte constitutif de l'hypothèque, mais elle n'aura aucune influence sur l'inscription primitive, et il devra en être pris une nouvelle.

La ratification, disons-nous, valide l'acte constitutif d'hypothèque, sans qu'on puisse invoquer contre cette ratification l'article 1339. La forme notariée est exigée en effet, en matière de donations, pour garantir la liberté du disposant, et on comprend que si l'acte primitif ne remplit pas les conditions de forme exigées par la loi, le donateur ne puisse ratifier cet acte qui peut ne pas être l'expression d'une volonté libre. En matière d'hypothèques, si la loi a exigé la forme notariée, c'est dans le but d'éclairer le constituant sur la portée de son acte et d'avertir clairement les tiers de l'étendue de l'hypothèque ; et rien ne s'oppose, à ce double point de vue, entre les parties contractantes, à ce que le vice de l'acte primitif ne soit réparé.

Mais, à l'égard des tiers et en tant qu'il s'agit de l'inscrip-

[1] Laurent, XXX, nos 437 et 447.

tion qui seule leur est opposable, il en est autrement, et aucune confirmation ne peut être invoquée contre eux, par deux raisons. En premier lieu, en droit, la confirmation ou ratification d'un acte ne peut jamais être faite que sous la réserve des droits des tiers, comme le déclare formellement l'article 1338 ; et les tiers, dont le droit est né après l'acte irrégulier et avant sa confirmation, ont un droit acquis que cette confirmation ne peut léser. Puis, en fait, les tiers, avertis par la première inscription de la nullité de l'hypothèque qu'elle avait pour but de conserver, ont compté sur cette nullité, ils ont traité parce qu'ils savaient que cette hypothèque leur était inopposable, et on ne peut par un acte postérieur changer la situation qui existait quand leur droit est né.[1]

1008. — Si l'hypothèque conventionnelle ne peut être constituée que par acte notarié, il en est autrement de la promesse de constituer hypothèque. Cette promesse, valable entre les parties en vertu du principe que les conventions qu'elles ont librement arrêtées forment leur loi, n'est soumise à aucune forme : elle peut être faite par acte sous seing privé, elle peut même être faite verbalement, sauf la difficulté de la preuve pour le constituant qui allègue l'existence de cette promesse.[2]

Si le débiteur ou le tiers qui a promis de constituer l'hypothèque n'exécute pas sa promesse, le créancier peut l'assigner pour faire ordonner par justice qu'il y sera contraint.

[1] Riom, 31 juillet 1850, Dalloz, 52, II, 222 ; Cassation, 7 février 1854, Dalloz, 54, I, 49. — Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* III, n° 985.

[2] Pau, 16 juillet 1852, Sirey, 52, II, 417, et Dalloz, 54, II, 205 ; Cassation, 5 novembre 1860, Sirey, 61, I, 858, et Dalloz, 61, I, 301; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 437 *bis.* — Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 53, p. 275 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 658 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* III, n° 983 *bis* ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1407. — *Compar.* Cassation, 27 août 1844, Sirey, 44, I, 740.

S'il exécute ce jugement, tout est dit, et l'hypothèque conventionnelle par lui promise produira ses effets : s'il ne l'exécute pas, le jugement de condamnation fera naître contre lui une hypothèque judiciaire, qui, au lieu d'avoir une étendue limitée comme l'hypothèque conventionnelle promise, portera sur tous les biens présents et à venir de la partie condamnée.[1]

1009. — Quelle est la valeur d'une promesse d'hypothèque faite par un commerçant à la tête de ses affaires, mais qui n'est réalisée par lui qu'après sa cessation de paiements, ou dans les dix jours qui la précèdent ?

La Cour de Paris a jugé qu'il n'y a pas lieu d'appliquer à la promesse la distinction faite par l'article 446 du Code de commerce, et que la promesse doit être annulée même s'il est établi qu'elle est contemporaine du prêt et qu'elle en a été la condition déterminante. L'article 446 valide bien l'hypothèque constituée en même temps que le prêt, mais ici elle n'a été constituée qu'après : c'est la promesse qui est concomitante avec le prêt, ce n'est pas l'hypothèque. N'y a-t-il pas à craindre d'ailleurs que si on valide l'hypothèque, le créancier auquel la promesse a été faite, tranquille désormais sur son sort, ne la tienne en réserve pour ne s'en servir que si le débiteur cesse ses paiements.[2]

Nous croyons, avec M. Lyon-Caen et par les motifs qu'il en a très bien donnés,[3] que la promesse d'hypothèque doit être assimilée ici à la constitution d'hypothèque, et validée si elle est contemporaine du prêt et qu'elle en ait été une condition. Il serait injuste de diviser ce qui, dans l'intention des parties, était inséparable, l'hypothèque et le prêt ; et les motifs d'équité qui ont inspiré le nouvel article 446, à propos de la constitution d'hypothèque concomitante avec le prêt, existent avec la même force pour la promesse d'hypothèque, dont la constitution n'a été que la réalisation.

[1] Troplong, *Op. et Loc. citat.* ; Valette, *Mélanges,* I, p. 384-385.
[2] Paris, 7 juillet 1886, Sirey, 87, II, 65.
[3] *Note,* Sirey, 87, II, 65.

C'est ce que le Tribunal de commerce de la Seine, dont la décision a été réformée par la Cour de Paris, avait très bien dit :

« Attendu que la promesse de garantie hypothécaire a « été concomitante du prêt ; que l'inscription et l'acte no- « tarié n'ont été que la consommation d'une obligation née « au moment du prêt et constituant une partie substantielle « de la convention ; que l'on ne saurait donc y voir une « garantie nouvelle donnée à une dette antérieurement con- « tractée. »

1010. — Deux exceptions existent à la règle que l'hypothèque conventionnelle ne peut résulter que d'un acte notarié, l'une en matière d'actes administratifs, l'autre à propos de l'hypothèque sur les navires.

En matière d'actes administratifs, l'hypothèque générale créée par les lois des 28 octobre-5 novembre 1790, Titre II, article 14, et du 4 mars 1793, article 3, est supprimée. Cette hypothèque, qui était attachée aux baux domaniaux et à tous les actes de gestion des biens de l'Etat, n'était que la conséquence des dispositions attribuant hypothèque générale à tous les actes notariés ; et elle a disparu avec ces dispositions, lorsque la loi du 11 Brumaire an VII a supprimé cette hypothèque générale.[1]

Mais ces lois sont restées en vigueur à un autre point de vue, et elles permettent de constituer dans ces actes une hypothèque spéciale, conforme aux exigences de l'article 2129, sans le concours d'un notaire. L'article 14 de la loi de 1790, complété par l'article 3 de la loi du 4 mars 1793 quant aux marchés de l'Etat, est ainsi conçu :

« *Le ministère des notaires ne sera nullement nécessaire* « pour la passation desdits baux, ni pour tous les autres « actes d'administration. Ces actes, ainsi que les baux, « emporteront hypothèque et exécution parée. »

Ce texte édictait deux dispositions : il déclarait le minis-

[1] Cassation, 26 mars 1806, Sirey, C. N., II, I, 228. — Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 55, p. 275-276.

tère des notaires inutile pour conférer l'authenticité à ces actes administratifs, puis, comme conséquence, il leur attribuait la même hypothèque générale qu'aux actes notariés. La seconde de ces dispositions est abrogée par le principe essentiel de la spécialité en matière d'hypothèque conventionnelle, édicté par la loi de Brumaire an VII et par le Code civil. Mais, quant à la première disposition, elle constitue une règle spéciale de droit administratif, qui n'est en rien contraire aux bases de notre régime hypothécaire, et qui doit être maintenue comme loi spéciale à laquelle la loi générale n'a pas dérogé.[1]

1011. — La seconde exception est relative à l'hypothèque sur les navires. L'article 2 de la loi du 10 juillet 1885 s'exprime ainsi :

« Le contrat par lequel l'hypothèque maritime est con-
« sentie doit être rédigé par écrit ; il peut être fait par acte
« *sous signatures privées.* »

L'hypothèque sur les navires fait naître une difficulté spéciale, lorsqu'elle a été constituée par des actes passés à l'étranger : nous allons l'indiquer bientôt,[2] après avoir étudié les dispositions de l'article 2128, relatif à l'hypothèque résultant de contrats passés en pays étranger.

1012. — L'article 2128 s'exprime dans les termes suivants, à propos de l'hypothèque conférée par des contrats passés en pays étranger :

« Les contrats passés en pays étranger ne peuvent don-
« ner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des
« dispositions contraires à ce principe dans les lois politi-
« ques ou dans les traités. »

[1] Cassation, 3 juillet 1817, Sirey, C. N., V, I, 342 ; Cassation, 12 janvier 1835, Sirey, 35, I, 11. — Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 9 ; Duranton, XIX, n° 360 ; Aubry et Rau, *Op. et Loc. citat.* ; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle,* n° 210 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1419. — *Contrà,* Pau, 16 juin 1832, Sirey, 32, II, 572. — Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 505 *bis* ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 663 ; Laurent, XXX, n° 436.

[2] *Infrà,* Tome II, n° 702.

Cette disposition du Code civil remonte à notre ancien droit. L'Ordonnance de 1629, dans son article 121, contenait la règle suivante :

« Les jugements rendus, *contrats ou obligations recües ès « royaume et souverainetez étrangères*, pour quelque cause « que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en « notre dit royaume, ains tiendront les contrats lieu de « simples promesses, et nonobstant les jugements, nos su- « jets contre lesquels ils auront été rendus pourront de nou- « veau debattre leurs droits comme entiers devant nos offi- « ciers. »[1]

Mais cette ordonnance, accueillie avec une grande défaveur, demeura sans exécution,[2] et la question de savoir quelle était la valeur de l'hypothèque conférée dans des contrats passés à l'étranger était très controversée.

Certains jurisconsultes la tenaient pour valable, notamment Loyseau, qui s'en exprime ainsi :

« Quant aux contracts que les notaires ont receu dans leur « territoire, c'est chose bien certaine qu'ils ont force par « tout le monde, c'est-à-dire que, même hors la Souverai- « neté d'où ils ont été passez, encore que l'obligé fût étran- « ger : car, en matière de contracts, ny la subjection, ny « la compétence n'est requise, tant à cause du consente- « ment, qui sert de prorogation de la juridiction volontaire, « que pour ce qu'ils sont du droit des gens, ainsi que le « commerce : autrement ce seroit une grande incommodité, « que celuy qui seroit hors de son pays ne peut contracter. »[3]

Mais l'opinion contraire, conforme à la décision de l'ordonnance, était soutenue par d'autres jurisconsultes, et, suivant les expressions de Pothier, « la question demeurait « indécise ». Voici dans quels termes Brodeau, puis Pothier, défendaient le système de la nullité de l'hypothèque :

[1] Jourdan, Decrusy et Isambert, *Rec. gén. des anc. Lois franç.*, XVI, p. 262.

[2] Pothier, *Introduct. à la Cout. d'Orléans*, Tit. XX, n° 9.

[3] *Des Offices*, Liv. I, chap. VI, n° 104.

« L'hypothèque, dit Brodeau, ne dépend pas seulement « du consentement et de la convention des parties, comme « les contrats et obligations qui sont du droit des gens, « mais elle se constitue par la seule autorité du Roy, et par « le ministère de ses officiers... D'où vient que les contrats « passez hors le royaume, mesme les contrats de mariage, « quoique dépendant du droit des gens, ny les actes de tu- « telle, ne portent point d'hypothèque, soit expresse, soit « tacite, sur les biens situez en France, comme il a été jugé « par plusieurs arrests... »[1]

Pothier, après avoir rappelé l'avis de Brodeau, ajoute:

« J'incline à ce dernier sentiment. L'hypothèque est bien « en soi du droit des gens; mais la manière de l'acquérir « sans tradition est établie sur notre droit civil, qui exige « que la convention soit faite par un acte muni de l'autorité « publique, tels que ne sont pas les actes des notaires étran- « gers. Ces personnes ont bien en France une espèce d'au- « torité publique, qu'on peut appeler *autorité de créance*, « leurs actes devant faire foi partout; mais elles n'ont pas « l'autorité publique *de pouvoir*, telle qu'est celle nécessaire « pour imprimer le droit d'hypothèque sur les biens des « contractants, n'y ayant en France aucune autorité publi- « que de cette espèce que celle qui émane du Roi. »

C'est cette dernière doctrine qui est passée dans l'article 2128.

1013. — En législation, et au point de vue de la réforme attendue de notre régime hypothécaire, nous croyons que la disposition de l'article 2128 est mauvaise, et que, dans l'état des relations internationales, il serait très désirable de donner effet, avec certaines garanties que nous allons indiquer, aux hypothèques conventionnelles constituées en pays étranger.

Lors du projet de réforme hypothécaire de 1841, les Cours d'Angers, de Montpellier, de Pau et de Rouen et la Faculté

[1] Sur Louet, LETTRE H, *Sommaire* XV, n° 3.

de droit de Rennes étaient d'accord pour réclamer cette révision de l'article 2128, dont le maintien n'était demandé que par la Cour de Douai,[1] et elles ont très bien donné les raisons qui limitent en faveur de cette révision.

C'est, d'abord, l'intérêt de nos nationaux : il est très grave de priver le Français établi à l'étranger de l'élément le plus important de crédit qu'il puisse avoir.

D'un autre côté, la règle établie par l'article 2128 est en désaccord avec celle établie par l'article 2123 à propos des jugements étrangers : il est inexplicable que la loi se montre plus rigoureuse pour les contrats reçus par un officier public étranger que pour les jugements rendus par les tribunaux étrangers.

Enfin l'hypothèque conventionnelle tire aujourd'hui sa force de la volonté des parties, et non, comme dans notre ancien droit, de l'intervention d'un officier public; pourquoi, dès lors, lui refuser effet en France, après que l'autorité judiciaire française aura examiné si elle est régulièrement constituée, d'après la législation sur les actes authentiques des pays où elle a été constituée.

Cette réforme a été réalisée d'une façon excellente en Belgique. L'article 77 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 s'exprime ainsi :

« A défaut des dispositions contraires dans les traités ou « dans les lois politiques, les hypothèques consenties en « pays étrangers n'auront d'effet, à l'égard des biens situés « en Belgique, que lorsque les actes qui en contiennent la « stipulation auront été revêtus du visa du président du tri- « bunal civil de la situation des biens.

« Ce magistrat est chargé de vérifier si les actes et les « procurations qui en sont le complément réunissent tou- « tes les conditions nécessaires pour leur authenticité dans « le pays où ils ont été reçus.

« L'appel de la décision du président sera interjeté par

[1] *Docum. relat. au régime hypoth.*, III, nos 492-497.

« requête adressée à la Cour, qui statuera comme en ma-
« tière de référé. »

1014. — L'article 2128 ajoute que ce principe ne sera appliqué que « s'il n'y a des *dispositions contraires* dans les « lois politiques ou dans les traités ». Pas plus que pour les jugements rendus à l'étranger, pour lesquels l'article 2123 emploie la même formule, il n'y a de lois politiques autorisant l'exercice en France d'hypothèques conventionnelles constituées à l'étranger.

Quant aux traités, nous indiquerons celui du 24 mars 1760 entre la France et la Sardaigne, qui permet l'exercice réciproque des hypothèques constituées dans l'un ou l'autre des deux pays.

Ajoutons que certaines conventions consulaires autorisent les consuls et agents consulaires français à l'étranger à recevoir, à propos de biens situés en France, des contrats entre les Français et les habitants du pays où ils résident, contrats qui auront la même valeur que des actes notariés passés en France, et qui pourront dès lors produire hypothèque. Nous empruntons au *Supplément* du répertoire de Dalloz[1] la nomenclature de ces conventions consulaires : la convention du 23 février 1853, conclue avec les Etats-Unis ; celle du 10 décembre 1860, avec le Brésil ; celle du 7 janvier 1862, avec l'Espagne ; celle du 26 juillet 1862, avec l'Italie ; celle du 11 juillet 1866, avec le Portugal ; celle du 11 décembre 1866, avec l'Autriche ; celle du 7 janvier 1874, avec la Grèce ; celle du 1er avril 1874, avec la Russie ; et celle du 5 juin 1878, avec la République de Salvador.

En dehors des traités ou des conventions consulaires, nous croyons que le créancier porteur d'un contrat passé à l'étranger et lui donnant hypothèque n'a d'autre ressource, pour arriver à avoir un droit hypothécaire sur les immeubles de son débiteur, que d'obtenir contre lui un jugement de condamnation en France, l'article 2128 ne lui donnant

[1] V° *Privilèges et Hypothèques*, n° 863.

aucun moyen de faire produire un effet hypothécaire à la convention qu'il a conclue.

1014 I. — Pour l'hypothèque sur les navires résultant d'actes passés à l'étranger, la question se pose dans d'autres termes et doit être résolue d'une manière différente. Nous avons dit en effet qu'elle pouvait résulter d'un acte sous seing privé, d'après l'article 2 de la loi du 10 juillet 1885 ; d'un autre côté l'article 2128 n'est écrit que pour les « biens de France », c'est-à-dire les immeubles, et ne peut être étendu aux meubles. Il en résulte que, pour l'hypothèque des navires, il y a lieu d'appliquer la *lex rei sitæ*, et de déclarer valable la constitution d'hypothèque sur un navire français faite à l'étranger, ou sur un navire étranger se trouvant dans un port de France.

Mais à quelles conditions cette hypothèque résultant d'un acte fait à l'étranger pourra-t-elle être exécutée en France ? C'est une question délicate et controversée, mais elle appartient à l'étude du droit maritime et de la loi du 10 juillet 1885, et nous devons nous borner à la signaler ici.[1]

[1] *Voir,* sur cette question, Aix, 22 mai 1876, Dalloz, 78, II, 103, et Sirey (sous Cassation), 80, I, 257 ; Cassation, 25 novembre 1879, Sirey, 80, I, 257, et Dalloz, 80, I, 56 ; Grenoble, 11 mai 1881, Sirey, 81, II, 225, et Dalloz, 83, II, 65. — Lyon-Caen, *Note,* Sirey, 80, I, 257 ; Labbé, *Note,* Sirey, 81, II, 225 ; Sarrut, *La Loi,* 22 mai 1881 ; Renault, *Revue critique,* 1882, p. 485 et suiv. ; Levillain, *Note,* Dalloz, 83, II, 65.

SECTION III

Des conditions intrinsèques de l'acte contenant constitution d'hypothèque.

1015. — Nous étudierons, à propos de ces conditions intrinsèques de l'acte constitutif d'hypothèque, les trois questions suivantes :

§ I. — *Des énonciations que doit contenir l'acte constitutif d'hypothèque.*

§ II. — *Des obligations que l'hypothèque peut garantir.*

§ III. — *Des modalités de la constitution d'hypothèque.*

§ I

Des énonciations que doit contenir l'acte constitutif d'hypothèque.

1016. — Le principe essentiel de notre loi moderne, la *spécialité* de l'hypothèque, imposait au créancier l'obligation de faire connaître aux tiers, d'une manière précise, l'immeuble ou les immeubles grevés de son hypothèque, et la somme pour laquelle ils en sont grevés : c'est à cette condition seulement que la charge hypothécaire sera spéciale, c'est-à-dire renfermée dans des limites déterminées, permettant de savoir dans quelle mesure le patrimoine immobilier du débiteur peut encore lui laisser du crédit.

De là les dispositions des articles 2132 et 2129, relatifs, le premier à l'indication de la créance garantie, et le second aux immeubles grevés. Nous allons étudier successivement ces deux dispositions.

1017. — D'après l'article 2132, l'hypothèque conventionnelle n'est valable « qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est certaine et déterminée par « l'acte ».

Cette partie de l'article 2132 n'est pas très bien rédigée : il semble en effet en résulter que si une créance n'est pas déterminée au moment de la constitution d'hypothèque, il va être impossible de la garantir par une hypothèque valable. Or la suite de l'article indique, comme nous le verrons, de quelle manière on devra procéder à l'égard des créances indéterminées au moment où l'hypothèque est constituée.

Voici le sens qu'il faut attacher à ces mots du texte : lorsque la créance est déterminée au moment de l'acte constitutif d'hypothèque, cet acte doit en indiquer le chiffre ; et, s'il ne le fait pas, l'hypothèque est nulle, et cette nullité ne pourrait être réparée par la détermination de la créance de l'inscription. Il faudrait pour cela un nouvel acte authentique venant compléter le premier, et qui serait réellement l'acte constitutif d'hypothèque.

1018. — La seconde partie de l'article 2132, consacrée aux créances indéterminées, n'est pas mieux rédigée que la première. Elle place en effet sur la même ligne les créances *conditionnelles* et les créances *indéterminées*, et indique quel procédé le créancier devra prendre pour les déterminer. Or il n'y a pas à déterminer une créance conditionnelle, à moins qu'elle ne soit en même temps indéterminée ; le chiffre en est tout aussi facile à préciser dans l'acte que celui d'une créance pure et simple ; seulement la créance existera ou n'existera pas suivant l'événement. Tout ce qu'il fallait dire relativement à la créance conditionnelle est ce que dit l'article 80 de la loi belge du 16 décembre 1851 :

« Si la créance résultant de l'obligation est condition-

« nelle, la condition sera mentionnée dans l'inscription. »

Retenons donc de cette partie de l'article 2132 seulement ce qui a trait à la créance indéterminée.

Le législateur avait le choix entre deux systèmes : obliger les parties à faire, d'accord, une évaluation dans l'acte constitutif, ou laisser au créancier le soin de faire une évaluation dans l'inscription, sauf au débiteur à faire réduire cette évaluation, si elle est exagérée. C'est à ce second parti que le législateur s'est arrêté.

Quant au créancier, il est, en principe, lié par l'évaluation qu'il a faite ; mais, comme nous le verrons avec l'article 2164, il pourra prendre une nouvelle inscription, « *avec* « *hypothèque du jour de sa date* », si l'événement porte la créance indéterminée à une somme plus forte que celle pour laquelle l'inscription primitive avait été prise.

1019. — Au point de vue de la désignation des biens qui vont être grevés de l'hypothèque, l'article 2129 porte ce qui suit :

« Il n'y a d'hypothèque valable que celle qui, soit dans « le titre authentique constitutif de la créance, soit dans un « acte authentique postérieur, déclare *spécialement la na-* « *ture et la situation de chacun des immeubles* actuellement « appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothè- « que de la créance. Chacun de tous ses biens présents peut « être *nominativement* soumis à l'hypothèque. Les biens à « venir ne peuvent pas être hypothéqués. »

Cette règle de l'article 2132, imposant la nécessité d'une désignation spéciale de tous les biens présents qui vont être hypothéqués, est une règle nouvelle de notre droit actuel. Loyseau, dans son Traité *Du Déguerpissement*, indique comment on en était arrivé à admettre que l'hypothèque conventionnelle portait d'abord sur tous les biens présents, puis, même sans stipulation spéciale, sur les biens à venir, et enfin, dans notre ancien droit français, que tous les actes notariés emportaient cette hypothèque générale, le contrat fût-il muet sur la constitution d'hypothèque ; et voici

comment il apprécie les inconvénients de cette situation, inconvénients aggravés par l'absence complète de publicité :

« ... L'invention des hypothèques a été, à Rome et en « France, si bien reçue, et tant étendue par succession « de temps, qu'à la fin elle est tournée en désordre et « confusion.... »

Et, après avoir montré comment on en est arrivé à attacher une hypothèque générale à tous les actes notariés, Loyseau ajoute :

« ... En quoy à la vérité il n'y a nul inconvénient pour « le regard du débiteur, car il est bien raisonnable de le « faire bon payeur par tous moyens : mais l'inconvénient « est grand à l'égard d'un tiers acquéreur de bonne foy, qui, « pensant être bien asseuré de ce qu'on lui vend, et qu'on « met en possession, sachant bien qu'il appartenoit à son « vendeur, s'en voit enfin évincé et privé, par un malheur « inévitable, au moyen des hypothèques précédentes, les- « quelles étant constituées secrètement, il ne lui estoit pos- « sible de sçavoir ny descouvrir. »[1]

1020. — La loi du 11 Brumaire an VII avait substitué à cette dangereuse généralité de l'hypothèque le principe de la spécialité, comme complément nécessaire de la publicité qu'elle venait de créer. L'article 4 était ainsi conçu :

« Toute stipulation volontaire d'hypothèque doit indiquer « *la nature et la situation* des immeubles hypothéqués : elle « ne peut comprendre que des biens appartenant au débi- « teur lors de la situation. »

Mais le projet du Code civil de la Commission du Gouvernement faisait un retour en arrière, et admettait que l'hypothèque générale résultait des actes notariés.

« Il (le contrat authentique) emporte hypothèque du jour « de sa date *sur tous les immeubles situés dans le territoire* « *de la République* et pays en dépendant, pourvu qu'il soit

[1] *Du Déguerpissement,* Liv. III, chap. I, nos 14 et 16.

« passé dans le ressort où les notaires qui l'auront reçu sont « immatriculés... »[1]

C'est sur les observations remarquables du Tribunal de cassation[2] que toute la partie du projet relative au système hypothécaire fut remaniée, et le principe de la spécialité substitué au principe de la généralité pour l'hypothèque conventionnelle.

1021. — On ne peut qu'approuver sans réserves le principe de la spécialité en matière hypothécaire, principe également utile aux tiers qui traiteront avec le débiteur et au débiteur lui-même.

Pour les tiers, il n'y a que la spécialité de l'hypothèque qui leur permette de savoir clairement quels biens du débiteur sont grevés et dans quelle mesure ils le sont ; et cette connaissance précise de la situation hypothécaire du débiteur est nécessaire à la fois aux acquéreurs de ses immeubles et à ceux qui consentent à lui remettre des capitaux.

Quant au débiteur lui-même, il est important d'appeler son attention sur les biens qu'il va grever d'hypothèque. Le créancier ne trouvera jamais son gage suffisant ; le débiteur, qui a besoin d'argent, est disposé à céder quant à l'étendue de ce gage, et l'obligation où le met la loi de détailler les biens qu'il hypothèque le conduira peut-être à résister aux exigences du créancier, et à ne lui donner qu'un gage proportionné à sa créance.

1022. — Si la règle de la spécialité dans la désignation des biens hypothéqués est certaine par le texte de l'article 2132, la manière dont ce texte doit être interprété est loin d'être certaine : que faut-il entendre par ces mots, « *dé-* « *signation spéciale de la nature et de la situation de cha-* « *cun des immeubles* sur lesquels le débiteur consent l'hy- « pothèque de la créance » ?

Il y une première opinion qu'il faut, à notre avis, écarter immédiatement : c'est celle qui propose de n'indiquer

[1] Article 41 du *Projet,* Fenet, II, p. 219.

[2] Fenet, II, p. 607 et suiv.

que la *situation* des biens hypothéqués, sans faire connaître leur nature. Dans ce système, l'hypothèque serait valable du moment où on aurait indiqué dans l'acte constitutif que l'on hypothèque « tous les biens du débiteur situés dans telle « commune, dans tel canton, dans tel arrondissement ».[1]

Cette interprétation est en contradiction trop évidente avec le texte de l'article 2129 pour pouvoir être admise. Cet article exige la déclaration « de la *nature et* de la *si-* « *tuation* de chacun des immeubles hypothéqués » et l'opinion que nous exposons supprime la première condition pour se contenter de la seconde.[2]

1023. — Nous restons en présence de deux opinions : l'une, admise par la plupart des auteurs, qui applique à la lettre le texte de l'article 2129 et exige la désignation spéciale de la situation et de la nature de « *chacun* » des immeubles hypothéqués ; l'autre, consacrée par la jurisprudence, qui se contente de la désignation *générale* de la nature des biens hypothéqués, des prés, des bois, des vignes, accompagnée de l'indication des lieux où ces immeubles sont situés.

La première de ces deux opinions a pour elle, nous devons le reconnaître, le texte de l'article 2129 et la logique du raisonnement. Le texte d'abord : la loi veut que la nature de « *chacun* » des immeubles soit désignée dans l'acte ; et ce n'est pas la désigner que de dire que le débiteur hypothèque des prés, des bois, des vignes : lesquels sont compris dans cette indication générale ? Puis à quoi sert une pareille désignation ? Le constituant peut, après la constitution d'hypothèque, acquérir dans la même commune de nouveaux biens qui sont libres de toute hypothèque et qui devraient pouvoir lui servir de gage pour de nouveaux em-

[1] Cassation, 6 mars 1820, Sirey, C. N., VI, I, 198 ; Riom, 15 avril 1826, Sirey, C. N., VIII, II, 222 ; Bourges, 23 avril 1841, Sirey, 42, II, 585 ; Nancy, 30 mai 1843, Sirey, 43, II, 547. — Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 71 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 536 *bis*.

[2] *Voir* Cassation, 12 juillet 1881, Dalloz, 83, I, 30.

prunts : mais les futurs créanciers ne pourront, au vu de la désignation de la première constitution d'hypothèque, savoir quels biens y sont compris, et ils se refuseront à prêter sur un gage incertain. Ce n'est pas là ce que la loi a voulu en créant la spécialité.[1]

Aussi M. Laurent, avec sa vivacité ordinaire d'argumentation, a-t-il caractérisé dans les termes suivants le système admis par la jurisprudence :

... « La formule, c'est-à-dire le notaire, a l'air de se sou-
« mettre à la spécialité minutieuse que la loi exige, et, au
« fond, elle s'en rit et la réduit à une simagrée puérile...
« Cependant la jurisprudence se contente de cette sima-
« grée ; les arrêts se bornent à dire que l'acte portant que
« les immeubles hypothéqués consistent en maisons, prés
« et terres situés dans telle commune, remplit suffisam-
« ment le vœu de l'article 2129. Ce n'est pas là motiver,
« c'est affirmer, et l'affirmation se trouve en opposition di-
« recte avec la loi. »

1024. — Au premier abord, la logique du système que nous venons d'exposer nous avait séduit ; mais un examen plus attentif de la question nous a amené à croire que le système suivi par la jurisprudence peut se concilier avec le texte et l'esprit de l'article 2129, et qu'il est, dans l'état de la propriété en France, le plus compatible avec les exigences de la pratique.

Au point de vue du texte de l'article 2129 littéralement appliqué, cette opinion ne s'en écarte pas : la situation des biens est indiquée, puisqu'ils sont dans telle commune désignée, et leur nature y est aussi indiquée, puisque tous, et par conséquent chacun d'eux, est en nature de bois, de prés, de vignes ou de taillis.

[1] Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 58, p. 278-279 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 674 ; Laurent, XXX, n°s 502 et suiv. ; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle,* n° 264 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1375.

Est-il vrai de dire que le but du texte n'est pas atteint, et que les tiers ne sauront pas quels biens sont hypothéqués, et quels biens de même nature le débiteur a acquis depuis la constitution d'hypothèque ? Nous répondrons qu'ils le sauront très facilement en rapprochant de l'acte constitutif d'hypothèque l'état des transcriptions : par ce moyen ils verront clairement quels biens de même nature le débiteur a achetés depuis la constitution d'hypothèque, et qu'il peut par suite donner en gage à un nouveau créancier.

Nous ajoutons que ce mode de constitution de l'hypothèque nous paraît seul compatible avec la division, le morcellement de la propriété en France : comment, dans le système de notre loi hypothécaire, obliger les parties à l'énumération, dans l'acte constitutif d'hypothèque, de toutes les parcelles soumises dans chaque commune à l'hypothèque, énumération qui devrait ensuite se retrouver dans le bordereau d'inscription ? On se plaint avec raison de la longueur, et par suite de la confusion des états d'inscription hypothécaire : cette longueur serait singulièrement augmentée s'il fallait indiquer chaque parcelle isolément, par sa nature et par sa situation. Aussi sommes-nous amené à croire que, tant que notre régime hypothécaire ne sera pas modifié, le système adopté par la jurisprudence pour l'interprétation de l'article 2129 doit être préféré.[1]

[1] Cassation, 23 août 1808, Sirey, C. N,. II, I, 571 ; Aix, 30 août 1809, Sirey, C. N., III, II, 136 ; Cassation, 20 février 1810, Sirey, C. N., III, II, 152 ; Cassation, 16 août 1815, Sirey, C. N., V, I, 90 ; Cassation, 19 février 1828, Sirey, C. N., IX, II, 38 ; Cassation, 26 avril 1852, Sirey, 52, I, 513, et Dalloz, 52, I, 131 ; Cassation, 12 mars 1867, Sirey, 67, I, 221, et Dalloz, 67, I, 347 ; Cassation, 25 novembre 1868, Sirey, 69, I, 128, et Dalloz, 69, I, 149 ; Chambéry, 3 juin 1889, Dalloz, 91, II, 307 ; Cassation, 12 novembre 1890, *Pandectes françaises,* 91, I, 145 ; Paris, 11 avril 1892, Sirey, 94, II, 131, et Dalloz, 94, II, 79 ; Cassation, 27 novembre 1893, Sirey, 94, I, 349, et Dalloz, 94, I, 566. — Merlin, RÉPERT., V° *Hypothèque,* sect. II, § III, art. 6, n° 64 ; Persil, *Régime hypoth.,* I, article 2129, n° 4 ; Duranton, XX, n° 371.

1025. — S'il s'agit d'une série de parcelles réunies en un domaine ayant un nom, il suffira, croyons-nous, d'indiquer qu'une hypothèque est constituée sur tel domaine, portant tel nom, situé dans telle commune, et composé de biens de telle nature. Avec une désignation de ce genre, ni le débiteur, ni les tiers ne peuvent se méprendre sur la portée de la constitution hypothécaire.[1]

1026. — Les juges du fait apprécient souverainement si les immeubles sur lesquels l'hypothèque est constituée sont suffisamment désignés pour que cette hypothèque puisse s'étendre sur eux.[2]

Ils jugeront si telle omission dans la désignation n'est pas réparée par telle autre désignation de l'acte, si, par exemple, l'omission du nom de la commune où l'immeuble est situé ne disparaît pas devant l'indication précise du domaine hypothéqué.[3]

S'il y a un doute sur l'étendue de l'hypothèque, il devra s'interpréter en faveur du constituant, conformément au principe de l'article 1162.[4]

[1] Cassation, 15 juin 1815, Sirey, C. N., V, I, 65 ; Riom, 14 février 1816, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 1624 ; Cassation, 1er avril 1817, Sirey, C. N., V, I, 302 ; Cassation, 10 février 1829, Dalloz, *Op. et Loc. citat.,* n° 1290. — Merlin, QUEST., V° *Inscript. hypoth.,* § XII ; Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 71 ; Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 59, p. 279-280. — *Voir* toutefois Agen, 27 novembre 1812, Sirey, C. N., IV, II, 204 ; Paris, 6 mars 1815, Sirey, C. N., V, II, 27.

[2] Cassation, 16 août 1815, Sirey, C. N., V, I, 90 ; Cassation, 15 février 1836, Sirey, 36, I, 471 ; Cassation, 6 avril 1841, Sirey, 41, I, 634 ; Cassation, 12 mars 1867, Sirey, 67, I, 221, et Dalloz, 67, I, 347 ; Cassation, 12 juillet 1881, Sirey, 82, I, 223, et Dalloz, 82, I, 264. — Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 60, p. 280 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 675.

[3] Cassation, 25 novembre 1813, Sirey, C. N., IV, II, 474 ; Cassation, 6 février 1821, Sirey, C. N., VI, I, 377 ; Grenoble, 10 juillet 1823, Sirey, C. N., VII, II, 239 ; Nancy, 28 avril 1826, Sirey, C. N., VIII, II, 228 ; Cassation, 14 juin 1831, Sirey, 31, I, 357 ; Bordeaux, 6 mai 1848, Sirey, 49, II, 609.

[4] Montpellier, 6 janvier 1866, Dalloz, 66, II, 41 ; Cassation,

Mais nous croyons, avec MM. Aubry et Rau,[1] que la question de savoir si l'acte constitutif d'hypothèque désigne suffisamment la nature et la situation des biens, de manière à satisfaire au vœu de la loi, est une question de droit, pouvant donner ouverture à cassation : il s'agit là en effet de l'interprétation d'un texte, l'article 2129, et il n'appartient pas aux juges du fait d'interpréter souverainement un texte.

1027. — La nullité de la constitution d'hypothèque, résultant du défaut d'indication spéciale des biens sur lesquels elle porte, peut être invoquée d'abord par les tiers intéressés à en demander la nullité, tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué ou créanciers hypothécaires postérieurs.[2]

Mais elle peut l'être aussi par le débiteur lui-même, d'abord parce que le texte de l'article 2129 est absolu ; il ne dit pas que l'hypothèque ne sera opposable aux tiers que si elle est spéciale, mais il porte qu'elle ne sera « valable » qu'à cette condition, valable ou nulle par conséquent à l'égard de tous. Puis, comme nous l'avons dit, la spécialité de l'hypothèque est édictée aussi dans l'intérêt du débiteur, pour qu'il n'engage pas imprudemment tout son patrimoine, et à ce titre le débiteur ou ses représentants ont qualité pour se prévaloir du défaut de spécialité.[3]

1028. — Si la constitution d'hypothèque est nulle pour défaut de spécialité dans la désignation des biens hypothé-

12 mars 1867, Dalloz, 67, I, 347 ; Cassation, 12 juillet 1881, Dalloz, 83, I, 30.

[1] Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 60, p. 280.

[2] Cassation, 11 mars 1834, Sirey, 34, I, 345.

[3] Bourges, 17 janvier 1816, Sirey, C. N., V, II, 95. — Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 65 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 515 ; Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 63, p. 280 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* III, n° 999 ; Laurent, XXX, n° 512 ; Baudry-Lacautinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1377. — *Contrà,* Toulouse, 6 mars 1819, Sirey, C. N., VI, II, 38.

qués, ce vice ne peut pas être couvert par les indications plus complètes et la désignation spéciale contenue dans l'inscription prise en vertu de l'acte constitutif. L'inscription en effet ne doit être, comme nous le verrons, que le résumé de l'acte constitutif d'hypothèque : d'ailleurs l'article 2129 prouve, par la forme de sa rédaction, que le vice de l'acte constitutif ne peut être réparé que d'une seule manière, par « un acte authentique postérieur ».[1]

1029. — Dans ce cas de nullité de l'hypothèque pour défaut de spécialité, le créancier peut-il agir en justice contre son débiteur pour le contraindre à donner une hypothèque régulière, et, à défaut, pour obtenir une hypothèque judiciaire qui résultera du jugement de condamnation prononcé contre lui ?

La négative est soutenue par le motif que le créancier ne peut imputer l'absence de spécialité qu'à lui-même, à son défaut de surveillance ou à son ignorance, et il ne peut puiser dans sa faute un motif pour contraindre le débiteur à sortir des termes de son engagement.[2]

L'opinion contraire doit, à notre avis, être adoptée. L'acte irrégulier de constitution d'hypothèque vaut au moins, à l'égard du débiteur, comme promesse de donner une hypothèque, et nous ajoutons de donner une hypothèque valable. Nous ne pouvons admettre que cet engagement s'interprète en ce sens que le débiteur a pu ne vouloir donner qu'une hypothèque nulle, et que le créancier doit s'en contenter, s'il ne s'est pas aperçu de la nullité au moment de l'acte. Une telle interprétation nous paraît contraire à la

[1] Cassation, 20 février 1810, Sirey, C. N., III, II, 152 ; Cassation, 20 avril 1852, Sirey, 52, I, 513, et Dalloz, 52, I, 131. — Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 64, p. 280-281 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 672 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* III, n° 998 ; Laurent, XXX, n°s 499 et 510. — *Voir* toutefois Lyon, 27 mars 1832, Sirey, 33, II, 282.

[2] Aix, 16 août 1811, Sirey, III, II, 555. — Duranton, XIX, n° 364 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 515 ; Martou, *Des Privilèges et Hypothèques,* III, n° 1000.

fois à l'intention probable des parties, et dans tous les cas à la bonne foi, qui doit régner dans tous les contrats, et à ce titre il faut la repousser.[1]

§ II

Des obligations que l'hypothèque peut garantir.

1030. — L'hypothèque conventionnelle peut garantir toute espèce de créances, déterminées ou indéterminées, actuelles ou futures, comme un prêt à effectuer,[2] pures et simples ou conditionnelles, comme la créance éventuelle de l'acheteur pour le cas où il serait évincé du bien par lui acquis.[3]

C'est ce qui résulte de l'article 2132, qui indique, comme nous l'avons vu, que la créance indéterminée et la créance conditionnelle peuvent être l'objet d'une constitution d'hypothèque. Les principes généraux suffiraient d'ailleurs, à défaut de texte, pour imposer cette solution : du moment où un droit existe, quelle que soit sa nature, il peut être l'objet d'une garantie, dont le sort sera naturellement lié au sort de l'obligation qu'elle a pour but de protéger.

1031. — Par application du principe que nous venons d'exposer, le contrat d'ouverture de crédit peut être valablement garanti par une hypothèque au moment où il intervient.

On en avait douté à l'origine, par le motif qu'une telle convention est faite, disait-on, sous une condition *purement*

[1] Bruxelles, 27 juin 1821, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 1298. — Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2129, n° 1 ; Laurent, XXX, n° 513 ; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle,* n° 269 ; Baudry-Lacantinière et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1378.

[2] Colmar, 18 avril 1806, Sirey, C. N., II, II, 134 ; Liège, 7 janvier 1811, Sirey, C. N., III, II, 391.

[3] Bourges, 16 août 1814, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 729.

potestative de la part de celui qui s'oblige, et par suite frappée de nullité par application de l'article 1174. En effet, le débiteur éventuel ne sera obligé que s'il veut, s'il réalise le crédit qui lui est ouvert, et cette réalisation dépend de son pur caprice.[1]

Cette opinion est depuis longtemps rejetée, et avec raison, car elle repose sur une confusion. Sans doute il dépend du débiteur éventuel de réaliser ou non le crédit qui lui a été fait, et, à ce point de vue, il est vrai de dire qu'il n'est pas obligé. Mais il ne dépend pas de lui, s'il réalise ce crédit, que sa dette ne soit pas garantie par une hypothèque : il est obligé immédiatement et définitivement à supporter cette hypothèque sur ses biens, et l'article 1174 est inapplicable à cette constitution d'hypothèque, qui forme un engagement valable, quoique conditionnel. Ajoutons que le créditeur, lui, est obligé, à partir de l'acte, de tenir les fonds à la disposition du crédité, et il est juste qu'il soit immédiatement garanti contre les résultats éventuels de son engagement.[2]

Cette solution, qui résulte chez nous, en l'absence de textes, de l'œuvre de la jurisprudence et de la doctrine, a été formellement consacrée en Belgique par la loi du 16 décembre 1851, article 80 :

« L'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert,

[1] Colmar, 18 avril 1806, Sirey, C. N., II, II, 134.

[2] Cassation, 10 août 1831, Sirey, 31, I, 371 ; Paris, 20 août 1841, Sirey, 41, II, 541 ; Paris, 30 mars 1842, Sirey, 43, II, 113 ; Besançon, 30 novembre 1848, Sirey, 48, II, 729, et Dalloz, 48, II, 198 ; Cassation, 11 décembre 1848, Sirey, 49, I, 115, et Dalloz, 48, I, 234 ; Cassation, 21 novembre 1849, Sirey, 50, I, 91, et Dalloz, 49, I, 275 ; Metz, 14 mars 1850, Dalloz, 55, V, 244 ; Paris, 15 janvier 1852, Dalloz, 54, V, 419 ; Cassation, 8 mars 1853, Sirey, 55, I, 214, et Dalloz, 54, I, 341. — Merlin, Quest., V° *Hypoth.*, § III, n° 2 ; Grenier, *Des Hypothèques*, I, n° 26 ; Duranton, XIX, n° 244 ; Troplong, *Des Hypothèques*, II, n° 480 ; Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 66, p. 281 ; Pont, *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n°s 718-719 ; Laurent, XXX, n° 528.

« à concurrence d'une somme déterminée qu'on s'oblige à « fournir, est valable. »

1032. — A quelle date prendra rang cette hypothèque? Du jour du contrat d'ouverture de crédit, ou du jour des avances faites par le créditeur?

La doctrine ancienne,[1] suivie par Merlin[2] et Troplong,[3] enseignait qu'elle ne date que du jour des avances, et voici comment Pothier motive cette théorie :

« Comme il ne peut y avoir d'hypothèque qu'il n'y ait une « dette, cette hypothèque n'aura lieu que du jour où l'hy- « pothèque aura été contractée. C'est pourquoi si, aujour- « d'hui premier d'avril, je suis convenu que tel héritage « vous serait spécialement hypothéqué pour une somme de « 10,000 livres que vous me prêteriez, et que vous ne m'ayez « compté cette somme que le premier septembre suivant, « l'hypothèque n'aura lieu que du premier septembre, « parce que n'ayant commencé à être débiteur envers vous « de cette somme que du jour que je l'ai reçue, l'hypo- « thèque n'a pu naître plus tôt, ne pouvant pas avoir d'hy- « pothèque avant qu'il n'y ait une dette. »

On ajoute, en faveur de cette solution, que dans le système contraire on expose les tiers à un véritable danger, puisqu'il dépend du crédité de rendre inefficaces les hypothèques qu'il leur aurait consenties après l'ouverture de crédit, en réalisant ce crédit plus tard et quand bon lui semblera.

1033. — L'opinion contraire, qui assigne comme point de départ à l'hypothèque le jour de l'ouverture de crédit, a prévalu à bon droit.

En fait, cette solution est seule compatible avec les nécessités du contrat d'ouverture de crédit, qui sans cela se-

[1] Domat, *Lois civiles*, Liv. III, tit. I, sect. I, art. 4 ; Basnage, *Des Hypothèques*, chap. I, sect. III ; Pothier, *Des Hypothèques*, n° 62.

[2] Quest., V° *Hypoth.*, § III, n° 2.

[3] *Des Privilèges et Hypothèques*, II, n°s 479-480.

rait irréalisable. Le créditeur, d'ordinaire un banquier, examine la situation de l'emprunteur une fois pour toutes, au jour où il va s'engager à lui ouvrir un crédit, et, si cette situation lui paraît bonne, il traite avec lui. Comment l'obliger ensuite, à mesure que des billets lui seront présentés, à vérifier si la situation du crédité n'est pas changée depuis l'ouverture de crédit, et s'il n'existe pas contre lui des hypothèques conventionnelles, judiciaires ou même légales ?

En droit, l'article 2132 prouve qu'on peut donner une hypothèque pour une dette conditionnelle, hypothèque qui n'existera qu'une fois la condition arrivée ; et, en matière d'hypothèque légale, nous avons vu avec l'article 2135 que l'hypothèque du mineur contre le tuteur naissait au jour de la tutelle, alors que le plus souvent aucune créance n'existe encore contre le tuteur. On est en droit de conclure de ces deux textes à la légalité de l'hypothèque pour une dette future.

Quant aux tiers, ils n'ont rien à redouter, avertis qu'ils sont, par l'inscription prise en vertu de l'acte d'ouverture de crédit, de l'éventualité de l'hypothèque du créditeur.[1]

1034. — Le crédit ouvert peut être et est ordinairement limité, soit quant à la somme, soit quant à la durée du temps pendant lequel il pourra être réalisé.

Dans le premier cas, l'hypothèque existe à concurrence

[1] Liège, 28 juin 1823, Sirey, C. N., VII, II, 236; Cassation, 10 août 1831, Sirey, 31, I, 371 ; Douai, 17 décembre 1833, Sirey, 34, II, 379; Paris, 20 août 1841, Sirey, 41, II, 541 ; Paris, 30 mars 1842, Sirey, 43, II, 113 ; Besançon, 30 novembre 1848, Sirey, 48, II, 729, et Dalloz, 49, II, 198 ; Cassation, 21 novembre 1849, Sirey, 50, I, 91, et Dalloz, 49, I, 274 ; Cassation, 8 mars 1853, Sirey, 55, I, 214, et Dalloz, 54, I, 341 ; Rouen, 3 août 1864, Sirey, 66, II, 127. — Grenier, *Des Hypothèques,* I, n° 296; Persil, *Régime hypothécaire,* I, article 2114, n° 3 ; Observat. de la Faculté de Strasbourg, *Docum. sur la réf. hyp.,* III, n° 523 ; Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 71, p. 283 ; Demolombe, *Cours de Code civil,* XXV, n°s 392 et 394 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial,* IV, n° 729 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n° 1286.

de la somme fixée, quelle que soit la date à laquelle la réalisation a lieu.

Dans le second cas, elle n'existe que pour les sommes avancées dans le délai indiqué au contrat,[1] et elle ne pourra garantir le paiement de celles qui ont été fournies postérieurement à ce délai.[2]

Mais si le crédit a été atteint dans le délai fixé au contrat, l'hypothèque existe pour toutes les sommes qui seront dues au créditeur, lors même que, après le délai indiqué, le compte se serait trouvé à un certain moment nivelé ou réduit ; la situation des parties est fixée à la date à laquelle expire le délai indiqué au contrat, et du moment où le créditeur reste finalement créancier, il a droit à l'exercice de l'hypothèque stipulée à son profit.[3]

1035. — Le crédité peut employer comme bon lui semble le crédit qui lui est ouvert, et notamment au paiement de dettes antérieurement contractées par lui soit au profit de tiers, soit au profit du créditeur lui-même.[4]

Toutefois, en ce qui concerne ce dernier, il n'en est ainsi que si l'ouverture de crédit est pure et simple : si au contraire l'acte portait que l'hypothèque garantit les avances

[1] Cassation, 22 mars 1852, Sirey, 52, I, 308, et Dalloz, 52, I, 86; Paris, 21 décembre 1852, Sirey, 53, II, 5, et Dalloz, 53, II, 81 ; Cassation, 23 mars 1874, Sirey, 74, I, 355, et Dalloz, 74, I, 316 ; Bordeaux, 19 août 1874, Dalloz, 77, II, 230.

[2] Cassation, 22 mars 1852, et Paris, 21 décembre 1852, *précités* ; Alger, 19 juin 1894, Dalloz, 96, II, 236.

[3] Paris, 21 décembre 1852, Sirey, 53, II, 5, et Dalloz, 53, II, 81. — Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 68, p. 282.

[4] Aix, 29 mai 1841, Sirey, 41, II, 520 ; Caen, 24 mai 1842, Sirey, 42, II, 488 ; Cassation, 11 décembre 1848, Sirey, 49, I, 115 ; Nîmes, 3 août 1854, sous Cassation, 13 août 1855, Sirey, 55, I, 769, et Dalloz, 56, I, 165 ; Rouen, 3 août 1864, Sirey, 66, II, 127 ; Cassation, 3 août 1870, Sirey, 72, I, 219, et Dalloz, 71, I, 181 ; Dijon, 7 novembre 1872, Sirey, 73, II, 84, et Dalloz, 74, V, 287 ; Cassation, 29 décembre 1880, Sirey, 81, I, 162, et Dalloz, 81, I, 154 ; Paris, 4 juin 1886, Dalloz, 87, II, 100 ; Pau, 12 mars 1888, Dalloz, 89, II, 276. — Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 69, p. 282.

que le créditeur fera « dans l'avenir » au crédité, cette hypothèque ne pourrait s'appliquer qu'à des créances nouvelles du créditeur, et non à la garantie de ses créances antérieures, par exemple dans le cas de renouvellement de billets.[1]

1036. — La preuve de la réalisation du crédit pourra être faite par tous les modes de preuve admissibles entre le créditeur et le crédité, sans que les tiers puissent exiger ni un acte authentique, ni même un acte ayant date certaine pour établir cette réalisation. Vis-à-vis d'eux, c'est l'acte constitutif d'hypothèque qui forme le titre dont le crédité peut se prévaloir ; et ils n'ont pas le droit d'exiger du créditeur la preuve par date certaine des versements, alors qu'en fait il serait impossible à celui-ci de se la procurer, surtout en matière commerciale, et qu'en droit aucun texte ne l'exige.[2]

1037. — L'hypothèque naissant du contrat d'ouverture de crédit est unique, bien que les versements faits en exécution de l'acte puissent être multiples. Il en résulte que si le crédité a transmis au créditeur des effets de commerce que celui-ci a endossés au profit de divers tiers porteurs, ceux-ci profiteront concurremment de l'hypothèque, sans qu'il y ait à se préoccuper de la date des endossements. Il n'y a en effet aucune raison, comme le disent très bien MM. Lyon-Caen et Renault, pour préférer les porteurs premiers en date aux derniers.[3]

[1] Cassation, 12 avril 1892, Dalloz, 93, I, 503 ; Cassation, 29 novembre 1892, Sirey, 93, I, 70, et Dalloz, 93, I, 85 ; Dijon, 12 juillet 1893, sous Cassation, 26 avril 1895, Dalloz, 95, I, 420.

[2] Douai, 17 décembre 1833, Sirey, 34, II, 279 ; Aix, 29 août 1841, Sirey, 41, II, 520 ; Poitiers, 9 janvier 1844, Dalloz, Répert. alphab., V° *Privilèges et Hypothèques,* n° 1323 ; Gand, 29 juillet 1848, Dalloz, 48, II, 149. — Merlin, Quest., V° *Hypoth.,* § III, n° 1 ; Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques,* II, n°s 477 et 508 ; Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 71, p. 283 ; Laurent, XXX, n°s 529 et 537 ; Gillard, *De l'Hypothèque conventionnelle,* n° 313. — *Contrà,* Alger, 8 novembre 1870, sous Cassation, 23 mars 1874, Sirey, 74, I, 355, et Dalloz, 74, I, 316.

[3] Colmar, 30 décembre 1850, Sirey, 54, II, 487, et Dalloz, 54, II, 145 ; Colmar, 29 mars 1852, Sirey, *Loc. citat.,* et Dalloz, 54, II,

§ III

Des modalités de la constitution d'hypothèque.

1038. — La constitution de l'hypothèque peut, comme toute convention, recevoir les modalités qu'il plaît aux parties d'y apporter, un terme par exemple, ou une condition.[1]

Il y a toutefois une condition que la loi déclare illégale : c'est celle par laquelle il serait stipulé que le créancier aura le droit de faire vendre les immeubles qui lui sont hypothéqués sans recourir aux formalités de la saisie. L'article 742 du Code de procédure défend cette convention d'une façon absolue entre créancier et débiteur, pour le créancier hypothécaire dès lors comme pour le créancier chirographaire, et cela par une raison d'ordre public : il serait à craindre en effet que l'emprunteur, ayant absolument besoin d'argent, n'acceptât lors du prêt tout ce que son prêteur voudra lui imposer, et notamment ce mode de réalisation du gage qui peut être désastreux.

1039. — Toutefois, comme le droit commun est la liberté des conventions, et que l'article 742 du Code de procédure apporte une exception à cette liberté, on doit l'interpréter restrictivement, et n'annuler que la clause même que ce texte défend, c'est-à-dire la stipulation donnant au créancier le droit de vendre à l'amiable le bien hypothéqué.

On devrait donc regarder comme licite soit la convention portant qu'en cas de non remboursement à l'échéance, l'immeuble hypothéqué deviendra la propriété du créancier par un prix fixé dans l'acte de constitution d'hypothèque, ou qui sera déterminé à l'échéance par experts convenus par les

190. — Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 72, p. 284 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial,* IV, n° 732.

[1] Cassation, 5 décembre 1809, Sirey, C. N., III, I, 128. — Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 73, p. 284.

parties ou nommés par justice.[1] Hormis le cas de fraude et de pression illicite du prêteur, ces clauses sont valables en vertu du principe de la liberté des conventions.

De même, une fois l'échéance de la dette arrivée, rien ne s'oppose à ce que le débiteur donne mandat à son créancier hypothécaire, pour éviter les frais d'une vente judiciaire, de faire vendre à l'amiable le bien hypothéqué. A ce moment, le débiteur n'est plus dans la dépendance de son créancier comme il l'est au moment du prêt ; et d'ailleurs il suffit que cette clause ne soit pas interdite pour que l'on doive la regarder comme licite, en supposant, comme dans l'hypothèse précédente, qu'il n'y ait eu aucune pression malhonnête et dolosive de la part du vendeur.[2]

[1] Toulouse, 16 mars 1812, Sirey, C. N., IV, II, 63 ; Montpellier, 26 juillet 1833, Sirey, 34, II, 29 ; Montpellier, 6 mars 1840, Sirey, 40, II, 531 ; Cassation, 1er juillet 1844, Sirey, 45, I, 17 ; Cassation, 26 février 1856, Sirey, 56, I, 667, et Dalloz, 56, I, 116. — Troplong, *De la Vente,* I, n° 77 ; Duvergier, *De la Vente,* I, n° 119 ; Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 74, p. 285.

[2] Bordeaux, 29 mars 1849, Sirey, 52, II, 97, et Dalloz, 52, II, 2 ; Orléans, 31 juillet 1883, Dalloz, 85, II, 20 ; Bordeaux, 27 avril 1885, Dalloz, 86, II, 263.

FIN DU DEUXIÈME VOLUME.

TABLE

PAR ORDRE DE MATIÈRES

N°s Pages.

BIBLIOGRAPHIE..... V à VIII

PREMIÈRE PARTIE

Des règles particulières aux privilèges *(Suite)*.

CHAPITRE II

DES PRIVILÈGES SUR LES IMMEUBLES.

449. — Caractères des privilèges sur les immeubles. Rapprochement de ces privilèges avec les hypothèques... 1
450. — Immeubles sur lesquels portent les privilèges... 2
451. — Division du chapitre..... 2

SECTION I

Des privilèges généraux sur les immeubles.

452. — Enumération des privilèges sur les immeubles... 3
453. — Du privilège des frais de justice..... 4
454. — Les privilèges généraux ne viennent-ils sur les immeubles qu'après avoir épuisé les meubles? Controverse, et exposé de la négative..... 4
455. — Exposé et adoption de l'affirmative..... 6
456. — Conséquence du système adopté, dans le cas où la distribution du prix des meubles s'ouvre la première.. 7
457. — A laquelle des deux parties incombe la preuve, lorsqu'il est soutenu qu'il y avait un mobilier suffisant pour désintéresser le créancier à privilège général.... 7
458. — Du cas où la distribution du prix des immeubles se fait la première..... 8
459. — Des privilèges généraux créés par des lois particulières. Doit-on les faire porter d'abord sur les meubles. 9
460. — Les privilèges généraux passent avant les privilèges spéciaux sur les immeubles, et ils sont dispensés d'inscription..... 10

SECTION II

Des privilèges spéciaux sur les immeubles.

460 I. — Division de la section..... 11

§ I. — *Du privilège du vendeur d'immeubles et des créanciers subrogés au vendeur.*

460 II. — Motifs de ce privilège..... 11
461. — Son origine historique..... 12
462. — Division du paragraphe..... 13
463. — I. *Dans quels cas et à quelles personnes le privilège du vendeur d'immeubles est-il accordé ?* — Le privilège est donné à tout vendeur et dans toute vente d'immeubles..... 13
464. — De l'échange. Du cas où l'échange a été fait avec soulte. Système généralement adopté..... 14
465. — Du cas où l'échangiste est évincé..... 15
466. — Exposé et adoption du système qui refuse le privilège aussi bien pour le paiement de la soulte que pour les dommages et intérêts au cas d'éviction..... 16
467. — Droit comparé..... 17
468. — Le donateur n'a pas de privilège pour l'exécution des charges grevant la donation..... 18
469. — Droit comparé..... 19
470. — De l'acquéreur à réméré. Dans le système le plus suivi, il n'a pas de privilège, mais il a le droit de rétention..... 20
471. — A notre avis, il n'a ni privilège ni droit de rétention, mais il demeure propriétaire jusqu'au remboursement complet..... 21
472. — De l'apport d'un immeuble en société..... 21
473. — Les usagers et les créanciers subrogés à leurs droits n'ont pas de privilège..... 22
474. — De la cession de mitoyenneté..... 22
475. — De l'usurpation par le propriétaire voisin de la mitoyenneté du mur..... 24
476. — De la constitution de servitudes..... 25
477. — De la dation en paiement..... 25
478. — Le privilège du vendeur existe malgré l'incapacité de l'acheteur..... 26
479. — Du cas où la vente comprend plusieurs immeubles. 27
479 I. — Du privilège au cas de reventes successives..... 27
480. — II. *Pour quelles créances le privilège du vendeur*

est-il accordé ? — Il est donné pour le paiement du prix, quelle qu'en soit la nature, fût-ce une rente viagère... 28
481. — De l'augmentation du prix indiqué au contrat..... 28
482. — Du cas où le contrat porte quittance du prix..... 29
483. — Des intérêts garantis par le privilège. Loi du 17 juin 1893 30
484. — Des accessoires du prix..... 31
485. — Des frais et loyaux coûts du contrat..... 32
486. — Des dommages et intérêts dus par l'acheteur au vendeur..... 33
487. — Des frais faits par le vendeur pour obtenir le paiement de sa créance..... 34
488. — De la perte du privilège résultant de la novation de la créance..... 35
489. — III. *Sur quels biens s'exerce le privilège du vendeur?* — Du cas où la vente ne comprend qu'une partie d'immeuble..... 36
490. — De la vente portant sur un droit d'usufruit..... 36
491. — Du conflit entre le privilège du vendeur de meubles et celui du vendeur d'immeubles..... 38
492. — Le vendeur a, en outre du privilège, l'action résolutoire et le droit de rétention..... 39
493. — Des créanciers subrogés au privilège du vendeur. 39
494. — Droit comparé..... 40
495. — Pourquoi l'article 2103 s'occupe des créanciers subrogés 41

§ II. — *Du privilège des copartageants et des créanciers subrogés aux copartageants.*

496. — Justification de ce privilège..... 41
497. — Ses origines historiques..... 43
498. — Division du paragraphe..... 45
499. — I. *Dans quels cas et à quelles personnes le privilège des copartageants est-il accordé ?* — Il existe dans tout partage. Droit comparé..... 45
500. — Il existe, quelle que soit la forme du partage, et contre tout copartageant, même incapable 46
501. — Il existe dans les partages d'ascendants..... 47
502. — Il doit être accordé en vertu de tout acte qui fait cesser l'indivision 47
503. — Il n'existe pas, malgré la qualification donnée à l'acte, si cet acte contient en réalité une donation..... 49
504. — Du cas où l'un des copropriétaires vend sa part indivise à l'autre..... 49

504 I. — Le privilège n'existe que pour les créances qui naissent du partage..... 50
505. — II. *Pour quelles créances le privilège des copartageants est-il donné?* — Il est donné pour la garantie des lots et le paiement des soultes..... 50
506. — Son étendue, au cas de garantie des lots..... 50
507. — Des rapports à effectuer par les copartageants et des restitutions de fruits..... 51
508. — Des charges imposées à l'un des copartageants... 53
509. — Du paiement par l'un d'eux des dettes héréditaires au delà de sa part..... 54
510. — Le privilège ne peut être donné que pour le partage des biens indivis..... 56
511. — Des recélés ou détournements commis par l'un des copartageants..... 56
512. — Limitation du privilège du copartageant dans le droit belge..... 57
513. — Du privilège pour les soultes ou retours de lots. Son étendue..... 57
514. — Du prix de la licitation..... 58
515. — III. — *Sur quels biens s'exerce le privilège des copartageants.* — Du privilège pour la garantie des partages et le paiement des soultes. N'existe-t-il, pour le paiement des soultes, que sur le lot du débiteur de la soulte ? Controverse..... 59
516. — Exposé et adoption de la négative..... 60
517. — Le privilège n'existe que dans la mesure des créances des copartageants les uns contre les autres..... 61
518. — Du privilège pour le prix de la licitation. Au cas de revente sur folle-enchère du bien licité, quelle est l'étendue du privilège? Controverse..... 62
519. — Exposé et adoption du système qui accorde le privilège pour la créance née de la licitation primitive... 63
520. — Extinction du privilège au cas où le copartageant adjudicataire devient attributaire de son prix à titre d'usufruitier..... 64
521. — Du conflit du privilège du copartageant avec celui du vendeur d'effets mobiliers incorporés à l'immeuble : renvoi..... 64
522. — Des partages successifs..... 65
523. — De l'obligation du rapport entre cohéritiers : différence avec le privilège..... 65
524. — Des créanciers subrogés au privilège des copartageants..... 65

§ III. — *Du privilège des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers, et des créanciers qui leur sont subrogés.*

525. — Motifs de ce privilège 66
526. — Son origine. Droit romain et ancien droit..... 66
527. — Droit intermédiaire. Système du Code civil : critiques 67
528. — Division du paragraphe..... 69
529. — I. *Pour quelles créances et à quelles personnes le privilège de l'article 2103, 4°, est-il donné.* — Il est accordé pour tout travail fait à un édifice ou ouvrage quelconque..... 69
530. — Il faut que le travail consiste dans une construction au-dessus du sol ou dans le sol. Lacune du Code civil. Droit comparé..... 69
531. — Le privilège n'est donné qu'aux ouvriers et entrepreneurs qui ont traité directement avec le propriétaire du sol..... 71
532. — Il n'est donné qu'aux entrepreneurs et ouvriers, c'est-à-dire aux « *gens de métier* ». Conséquence..... 72
533. — Le privilège est limité à la plus-value 74
534. — En est-il de même au cas de travaux nécessaires? Controverse, et adoption de la négative..... 75
535. — Des paiements partiels faits à l'entrepreneur ou à l'ouvrier 77
536. — Le privilège s'étend aux frais des expertises et aux intérêts de la créance..... 77
537. — Il ne porte pas sur les loyers de l'immeuble 78
538. — II. *Quelles sont les conditions d'exercice du privilège des entrepreneurs et ouvriers.* — Nécessité de deux procès-verbaux..... 79
539. — Mode de nomination de l'expert. Loi belge..... 79
540. — Par qui peut être provoquée cette nomination.... 80
541. — Nécessité d'un procès-verbal « préalable » aux travaux. Restriction..... 80
542. — Délai dans lequel doit être fait le second procès-verbal..... 82
543. — Comment s'établit le chiffre de la créance privilégiée 82
544. — De la subrogation au privilège des entrepreneurs et ouvriers 83
545. — Privilège accordé par le Code du Bas-Canada pour frais de labours et de semences..... 83

546. — Privilège de la loi espagnole au cas d'assurances. 84
547. — Privilège établi, dans les cantons de Vaud et de Fribourg, en matière de mitoyenneté, de copropriété et de réparations faites en vue de la sûreté publique..... 84
548. — Privilège de la loi belge, au cas d'exercice par le vendeur d'une action en résolution ou en reprise de l'immeuble, pour les sommes qu'il peut devoir à l'acquéreur..... 85
549. — De l'exercice des privilèges au cas de conflit de législations..... 86

Appendice aux règles particulières aux privilèges.

Des privilèges établis par des lois spéciales, soit en faveur du Trésor public, soit pour des raisons d'intérêt général.

550. — Des principaux privilèges créés en faveur du Trésor, ou dans un but d'intérêt général..... 87
551. — Les privilèges établis par les lois commerciales, terrestres ou maritimes, ne seront pas examinés ici. Leur énumération..... 87
552. — Division du sujet..... 88

SECTION I

Des privilèges du Trésor public.

553. — Base de ce privilège 89
554. — Règle commune à tous les privilèges du Trésor public, en ce qui concerne les droits des tiers. Controverse. 89
555. — Interprétation proposée..... 90
556. — Portée des lois spéciales en cette matière..... 91
557. — Division de la section..... 91

§ I. — *Du privilège de la régie des douanes.*

558. — Lois qui l'organisent. Son étendue 92
559. — Existe-t-il sur les meubles des cautions ? Controverse et adoption de l'affirmative..... 92
560. — Rang de ce privilège. Règle et exceptions..... 93
561. — Etendue de la règle..... 94
562. — Exception relative aux frais de justice et autres frais privilégiés 95
563. — Autres exceptions..... 96
564. — Comment ce privilège peut disparaître..... 96
565. — Faillite des redevables 97

§ II. — *Du privilège de la régie des contributions indirectes.*

566. — Son étendue..... 97
567. — Biens sur lesquels il porte et rang qui lui est attribué 98
568. — Faillite du redevable..... 99
569. — Ce privilège n'existe pas pour les droits d'octroi. 100

§ III. — *Du privilège de la régie de l'enregistrement pour les droits de mutation par décès.*

570. — Controverse sur l'existence même de ce privilège. Adoption de l'affirmative 101
571. — Ce privilège n'existe que sur les revenus des biens héréditaires 103
572. — Il s'étend sur tous les revenus sans distinction... 103
573. — Il ne peut s'exercer contre les tiers acquéreurs des immeubles héréditaires, ni contre les créanciers ayant un privilège ou une hypothèque sur ces biens..... 104
574. — Existe-t-il pour le paiement non seulement du droit simple, mais du demi-droit ou du droit en sus ? Controverse..... 104

§ IV. — *Du privilège pour le recouvrement des contributions directes.*

575. — Motifs de ce privilège 105
576. — Son étendue..... 107
577. — Biens sur lesquels il porte..... 107
578. — Cas dans lesquels il s'exerce..... 108
579. — Contributions auxquelles il s'étend..... 109
580. — Obligations de l'officier ministériel dépositaire de fonds appartenant à un redevable..... 109
581. — Rang de ce privilège. Controverse 110
582. — Adoption du système qui le fait passer au premier rang 111
583. — Exception pour les frais de réalisation et de distribution du prix des meubles 111
584. — Ce privilège ne s'exerce pas sur les immeubles des redevables 111

§ V. — *Du privilège pour droits et amendes en matière de timbre.*

585. — Etendue de ce privilège..... 112

§ VI. — *Du privilège sur les biens des comptables.*

586. — Origine et portée de ce privilège..... 113
587. — Biens sur lesquels il s'étend 114
588. — Sens du mot « comptables »..... 114
589. — Les comptables « en matière » n'y sont pas soumis. 115
590. — Les percepteurs sont des « comptables » dans le sens de la loi..... 116
591. — Meubles soumis à ce privilège..... 117
592. — Rang qu'il occupe 118
593. — Du privilège sur les immeubles des comptables.. 119
594. — Des immeubles acquis par les femmes des comptables 119
595. — Immeubles acquis avant la nomination du comptable 120
596. — Des immeubles acquis par échange et par donation 121

§ VII. — *Du privilège pour frais de justice criminelle.*

597. — Etendue de ce privilège..... 121
598. — Son rang. Du privilège pour la défense du condamné. Controverse sur ses effets 122
599. — Adoption du système qui rend cette créance privilégiée à l'égard de tous..... 123
600. — Quels frais sont privilégiés à ce titre..... 124
601. — Exception pour les frais de poursuite pour banqueroute simple ou frauduleuse..... 125
602. — Privilège sur les immeubles du condamné 125
603. — Rang du privilège pour frais de justice criminelle. 126
604. — Doit-on assimiler au mandat d'arrêt le mandat de dépôt ? Controverse, et adoption de la négative 126

SECTION II

De quelques privilèges particuliers créés pour des raisons d'intérêt général.

605. — Division de la section..... 128

§ I. — *Du privilège de second ordre sur le cautionnement des fonctionnaires publics.*

606. — Origine de ce privilège. Travaux préparatoires. Droit comparé..... 129
607. — Conditions requises pour l'exercice de ce privilège. 130

608. — Déclaration notariée du titulaire sur l'origine des fonds 131
609. — Inscription de cette déclaration au Trésor 132

§ II. — *Du privilège des ouvriers et fournisseurs pour travaux de l'Etat et autres travaux publics, et des propriétaires de terrains occupés ou fouillés pour des travaux publics.*

610. — Législation. Motifs du privilège des ouvriers et fournisseurs 133
611. — Travaux qui y donnent lieu 135
612. — Personnes auxquelles le privilège est accordé 136
613. — Sur quels capitaux il peut s'exercer 137
614. — Faillite de l'entrepreneur. Cession ou paiement de sa créance 138
614 I. — Fournitures d'échafaudages 139
615. — Loi du 25 juillet 1891 139
616. — Innovation qu'elle contient 140
617. — Loi du 29 décembre 1892 141

§ III. — *Du privilège des sous-traitants pour fournitures faites au service de la guerre ou de la marine.*

618. — Décret du 12 décembre 1806, dit *Décret de Posen*. 142
619. — A quelles personnes ce privilège est accordé 142
620. — Conditions de son exercice 143
621. — Sommes sur lesquelles il s'exerce 144

§ IV. — *Du privilège de l'Etat ou des concessionnaires pour desséchement de marais.*

622. — Loi du 16 septembre 1807 145
623. — Conditions d'exercice du privilège 146

§ V. — *Du privilège du bailleur de fonds pour l'établissement d'une mine.*

624. — Loi du 21 avril 1810 147
625. — A quelles personnes le privilège est donné 147

§ VI. — *Du privilège en matière de drainage.*

626. — Loi du 17 juillet 1856 148
627. — Biens sur lesquels porte ce privilège 148

§ VII. — *Du privilège du Crédit foncier.*

628. — Décret-Loi du 28 février 1852 149

§ VIII. — *Du privilège pour droits de magasinage dans les magasins généraux.*

629. — Loi du 28 mai 1858 150

DEUXIÈME PARTIE

Des règles particulières aux hypothèques.

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES HYPOTHÈQUES.

630. — Définition de l'hypothèque 151
631. — L'hypothèque crée un droit réel au profit du créancier. Conséquences 152
632. — L'hypothèque donne-t-elle un droit mobilier ou immobilier? Controverse, et exposé de la théorie d'après laquelle elle ne donnerait qu'un droit mobilier 153
633. — Exposé et adoption de l'opinion qui fait naître de l'hypothèque un droit immobilier. Conséquence. Loi belge 154
634. — L'hypothèque est-elle un démembrement de la propriété? Controverse, et adoption de l'affirmative 155
635. — L'immeuble hypothéqué reste en la possession du débiteur. Vœu pour l'extension de ce système au gage. 156
636. — L'hypothèque est indivisible. Conséquences 157
637. — L'indivisibilité n'est pas de l'essence de l'hypothèque 158
637 I. — L'indivisibilité ne rejaillit pas sur la créance garantie par l'hypothèque 159
638. — Application de ce principe dans l'article 2249 160
639. — La créance reste divisible notamment entre les héritiers du créancier 160
640. — Malgré le principe de l'indivisibilité, l'hypothèque ne s'étend pas aux parties du fonds sur lesquelles elle n'a pas été constituée 161
641. — Du conflit du créancier à hypothèque générale avec les créanciers à hypothèque spéciale. Renvoi 161
642. — L'hypothèque est un droit accessoire 162
643. — Droits de suite et de préférence attachés à l'hypothèque 162
644. — L'hypothèque est une exception au droit commun. Conséquences 163
645. — Biens susceptibles d'hypothèque. Historique 163
646. — Système du Code. Inutilité de l'article 2119 166
647. — L'hypothèque ne peut exister que sur les biens immobiliers 167

648. — Il faut en outre que ces biens soient dans le commerce 168
649. — Biens insusceptibles d'hypothèque 169
650. — Le débiteur peut hypothéquer les immeubles saisis. Loi belge 169
651. — Des immeubles par nature, ... 170
652. — L'hypothèque, une fois établie, s'étend aux accessoires du fonds 171
652 I. — Le détenteur de l'immeuble hypothéqué conserve le droit d'administrer cet immeuble. Renvoi 172
653. — Droits du concessionnaire d'une mine 172
654. — Inapplicabilité de la loi sur les mines aux carrières, d'après la théorie adoptée 173
655. — Le droit au bail ne peut être hypothéqué 174
656. — Controverse en ce qui concerne le bail emphytéotique. Système adopté 175
657. — Du bail à domaine congéable 176
658. — De la propriété superficiaire ou souterraine 176
659. — De la concession de chemins de fer 177
660. — Concession du droit de péage sur un pont. Concession de canaux 178
661. — Des immeubles par destination, ... 179
662. — Conditions de l'immobilisation. Renvoi 179
663. — L'hypothèque s'étend de plein droit aux accessoires. 180
664. — Elle cesse quand l'incorporation à l'immeuble vient à cesser 180
665. — L'usufruit des immeubles peut être hypothéqué .. 181
666. — L'usufruit ne peut être hypothéqué par celui qui a la pleine propriété d'un immeuble 182
667. — Le droit de jouissance des père et mère ne peut être hypothéqué, pas plus que celui qui appartient au mari sur les biens propres de sa femme 183
668. — L'usufruit ne peut être hypothéqué que pour le temps de sa durée 184
669. — De la renonciation par l'usufruitier à son droit, après la constitution d'hypothèque 184
670. — Des abus de jouissance commis par l'usufruitier .. 185
671. — De la consolidation 186
672. — De la vente faite par un seul acte par le nu-propriétaire et l'usufruitier 187
673. — Les droits d'usage, d'habitation et de servitude ne peuvent être hypothéqués 187
674. — Il en est de même des actions réelles immobilières. 188

675. — L'hypothèque ne peut être donnée en hypothèque. 189
676. — Des immeubles par la détermination de la loi.... 191
677. — Des meubles. Exception pour les navires 191
678. — Du conflit de législations en matière hypothécaire. 192
679. — Etendue d'application de la *lex rei sitæ*..... 194
680. — Sources d'où dérivent les hypothèques..... 194
681. — Nature de l'hypothèque que le juge est parfois autorisé à constituer..... 194
682. — Division du sujet..... 195

CHAPITRE PREMIER

DES HYPOTHÈQUES LÉGALES.

683. — Causes des hypothèques légales. Ressemblance avec les privilèges..... 196
684. — Travaux préparatoires du Code. Vœux pour une réforme législative..... 197
685. — Diverses sortes d'hypothèques légales..... 199
686. — Hypothèque établie, en matière de douanes, sur les immeubles des redevables..... 200
687. — De l'hypothèque prise au cas de faillite ou de liquidation..... 200
688. — Adoption de l'opinion qui y voit une hypothèque légale 201
689. — Différence entre cette hypothèque et une hypothèque légale ordinaire..... 202
690. — Des privilèges dégénérés en hypothèques 203
691. — De l'hypothèque des légataires..... 203
692. — Du conflit de législations en matière d'hypothèques légales 204
693. — Des traités internationaux..... 206
694. — Des étrangers admis à jouir en France des droits civils..... 207
695. — Etendue des hypothèques légales 207
696. — De l'échange..... 208
697. — L'hypothèque légale ne s'étend pas aux biens des héritiers 209
698. — Du moment où l'hypothèque légale frappe les biens à venir..... 210
699. — De la propriété conditionnelle 210
700. — Atténuation des inconvénients de l'hypothèque légale par la réduction volontaire ou judiciaire..... 211
701. — Restriction de la loi commerciale..... 212
702. — Division du chapitre..... 213

SECTION I

De l'hypothèque légale des mineurs et des interdits.

703. — Origines historiques..... 214
704. — Droit intermédiaire. Code civil..... 215
705. — Division du sujet..... 216

§ I. — *A qui et contre qui est donnée l'hypothèque légale des mineurs et des interdits.*

706. — Principe général..... 216
707. — L'hypothèque est donnée contre tout tuteur et contre le protuteur..... 217
708. — Elle n'existe pas en matière d'absence..... 218
709. — Elle n'existe ni contre le conseil judiciaire, ni contre le tuteur à la substitution..... 218
710. — Elle n'est pas donnée contre le tuteur *ad hoc*..... 219
711. — Ni contre l'administrateur nommé en vertu de la loi du 30 juin 1838..... 219
712. — Ni contre le père administrateur légal, ou la mère, au cas d'absence du père. Mais elle devra être donnée dans l'hypothèse de l'article 142..... 220
713. — Elle n'existe pas contre le subrogé tuteur..... 221
714. — Ni contre les personnes qui administrent provisoirement la tutelle..... 222
715. — Elle doit être donnée contre la mère remariée qui ne s'est pas conformée à l'article 395..... 223
716. — Doit-elle l'être, dans la même hypothèse, contre le second mari? Controverse..... 224
717. — Exposé et adoption de l'affirmative..... 225
718. — Doit-on l'accorder au cas de tutelle officieuse ? Controverse..... 226
719. — Exposé et adoption de l'affirmative..... 227
720. — Le tuteur de fait doit être soumis à l'hypothèque légale comme le tuteur de droit..... 228
721. — Loi du 24 juillet 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle..... 230
722. — Du conflit de législations. Renvoi..... 231

§ II. — *Des créances que l'hypothèque légale des mineurs et des interdits garantit.*

723. — Etendue de cette hypothèque..... 231
724. — Applications..... 232
724 I. — Autre application, au cas de vente irrégulière ratifiée par le mineur devenu majeur..... 232

725. — Des donations faites par le tuteur..... 232
726. — Paiement des sommes que le tuteur détient comme usufruitier 233
727. — Créances garanties par cette hypothèque..... 233
728. — Elle survit pour les redressements apportés au compte de tutelle..... 234
729. — Des garanties existant pour le paiement des reprises de la mère..... 236
730. — Aliénation irrégulière des biens du mineur..... 237
730 I. — Du cas où un ordre s'ouvre au cours de la tutelle. 237

§ III. — *Des cas dans lesquels l'hypothèque légale des mineurs ou des interdits peut être restreinte ou réduite.*

731. — Principe..... 237
732. — On ne peut convenir qu'il ne sera pris aucune inscription 238
733. — Pouvoir du conseil de famille..... 239
734. — De la tutelle légale et de la tutelle testamentaire. 239
735. — Caractère de l'hypothèque réduite par le conseil de famille..... 240
736. — Divers modes de restriction que l'on peut employer. 240
737. — Insuffisance de l'hypothèque restreinte par le conseil de famille..... 241
738. — Aucune garantie ne peut être substituée à l'hypothèque 241

§ IV. — *De la date à laquelle l'hypothèque des mineurs et des interdits prend naissance.*

739. — Principe. Date unique..... 242
740. — Cette date est celle où a commencé la responsabilité du tuteur..... 243
741. — Application aux diverses sortes de tutelle..... 244

§ V. — *Des modes d'extinction de l'hypothèque légale des mineurs et des interdits.*

742. — Extinction de l'obligation principale. Apurement du compte et paiement du reliquat. Prescription. Redressements..... 244
743. — Main-levée de l'hypothèque. Effets..... 245
744. — Redressement du compte pour cause de dol..... 246

SECTION II

De l'hypothèque légale des femmes mariées.

745. — Origines historiques. Droit romain 247
746. — Ancien droit 247

747. — Du cas où le contrat de mariage était notarié. Date de l'hypothèque 248
748. — Droit intermédiaire 249
749. — Système du Code civil..... 250
750. — Inconvénients du système du Code. Vœu en faveur d'une réforme législative 251
751. — Division du sujet..... 252

§ I. — *A quels mariages l'hypothèque légale de la femme est attachée.*

752. — Elle existe indépendamment de la confection d'un contrat, et quel que soit le régime adopté..... 252
753. — Elle existe au cas de mariage putatif 253
754. — Elle naît du mariage célébré à l'étranger, même au cas de non transcription en France..... 253
755. — De la femme étrangère. Renvoi..... 254

§ II. — *Des créances que l'hypothèque légale de la femme garantit.*

756. — Principe. L'énumération de l'article 2135 n'est pas limitative 254
757. — Hypothèque pour « la dot ». Sens de ce mot..... 255
758. — Elle existe même pour la dot touchée par un tiers. 256
759. — Elle existe sous tous les régimes matrimoniaux.. 256
760. — Comment la femme doit prouver la réception de la dot 257
761. — Exception au cas de faillite du mari..... 258
762. — La femme dotale y a droit, au cas d'aliénation indue de la dot 260
763. — Elle existe pour les intérêts de la dot 261
764. — Hypothèque pour « les conventions matrimonia- « les » 261
765. — Créances nées de l'administration du mari..... 261
766. — Avantages faits à la femme par le mari dans le contrat de mariage 262
767. — Usufruit donné à la femme sur les biens de communauté 263
768. — Gains de survie au profit de la femme..... 264
769. — Donation de biens à venir. Controverse. Opinion qui accorde l'hypothèque..... 265
770. — Exposé et adoption de l'opinion qui la refuse..... 266
771. — Dans tous les cas elle ne pourrait exister sur les biens hypothéqués ou aliénés par le mari..... 267

772. — Avantages légaux donnés à la femme 267
773. — De la créance d'aliments de la femme contre le mari. Controverse. Système qui refuse l'hypothèque légale 269
774. — Exposé et adoption du système qui l'accorde..... 270
775. — Pension alimentaire due en vertu de la loi du 9 mars 1891..... 271
776. — Droits d'usufruit et de rente viagère créés par cette loi 272
777. — Successions et donations recueillies par la femme. 273
778. — Dettes contractées par la femme avec son mari.. 273
779. — Collocation provisoire au profit de la femme, avant le paiement de la dette..... 274
780. — Paiement fait par la femme sans obligation de sa part..... 275
781. — Du cas où le mari tombe en faillite 275
782. — Créances diverses de la femme contre le mari... 277
783. — Condamnation du mari aux dépens d'une instance. 279
784. — Dépens de l'instance en séparation de corps ou en divorce..... 279
785. — Frais d'une demande d'autorisation par la femme. 280
786. — Dépens de l'instance en séparation de biens..... 281
787. — Fautes commises par le mari dans l'administration des biens propres de la femme..... 281
787 I. — Intérêts des créances de la femme 282
788. — Sort de l'hypothèque légale de la femme, si celle-ci prédécède, laissant son mari usufruitier..... 283

§ III. — *Des immeubles qui sont grevés de l'hypothèque légale des femmes mariées.*

789. — Biens sur lesquels s'étend l'hypothèque de la femme. 285
790. — Elle grève les biens que le mari acquiert après la dissolution du mariage..... 285
791. — Elle ne s'étend pas aux immeubles des héritiers.. 285
792. — Des immeubles acquis par le mari sous condition suspensive ou résolutoire..... 286
793. — Annulation pour fraude aux créanciers de l'échange d'un immeuble du mari..... 287
794. — Du cas où le mari acquiert un immeuble pour le compte d'un tiers..... 288
795. — Des conquêts de communauté. Du cas où la femme renonce..... 289
796. — Opinion qui refuse tout droit d'hypothèque à la femme renonçante..... 290

796 I. — Rejet de cette opinion..... 291
797. — Du cas où la femme accepte. Opinion qui accorde à la femme une hypothèque contre les acquéreurs et les créanciers hypothécaires du mari..... 292
798. — Opinion qui, en admettant le système précédent, le restreint aux immeubles tombés dans le lot du mari. 293
799. — Exposé et adoption de l'opinion qui refuse tout droit hypothécaire à la femme acceptante..... 294
800. — Des époux mariés sous le régime dotal avec société d'acquêts 295
801. — Droits de la femme vis-à-vis des créanciers chirographaires..... 296
802. — Ses droits vis-à-vis des créanciers postérieurs à la dissolution de la communauté..... 296
803. — Droits de la femme avant la dissolution de la communauté. Opinion qui lui refuse tout droit..... 296
804. — Exposé et adoption de l'opinion qui lui permet d'obtenir une collocation provisoire..... 297
805. — Exercice des prélèvements de la femme 298
806. — Droits des créanciers de la femme..... 299
807. — Echange par le mari de l'un de ses immeubles... 300
808. — Du cas où le mari est associé dans une société civile ou commerciale..... 301

§ IV. — *Des cas dans lesquels l'hypothèque légale de la femme mariée peut être restreinte ou réduite.*

809. — L'hypothèque de la femme peut être *restreinte* par le contrat de mariage ou *réduite* au cours du mariage. Renvoi pour la réduction..... 303
810. — De la restriction par le contrat de mariage..... 303
811. — Il faut, mais il suffit que la femme soit majeure.. 304
812. — La femme mineure pourrait-elle du moins consentir à une restriction au profit d'un tiers ? Controverse, et adoption de la négative 305
813. — La restriction est permise même à la femme dotale. 306
814. — Clauses diverses de restriction..... 307
815. — La femme ne peut renoncer d'une façon absolue à son hypothèque 308
816. — Elle ne peut y renoncer indirectement 309
817. — La femme peut-elle se réserver le droit de transporter son hypothèque sur d'autres immeubles au cours du mariage ? Controverse, et exposé de l'affirmative.. 310
818. — Exposé et adoption de la négative 310

819. — Si la faculté de déplacer l'hypothèque est nulle, la restriction est-elle au moins valable ? Controverse.... 312
820. — Nullité de la clause réservant à la femme le droit de cantonner son hypothèque sur certains immeubles. 313
821. — Nullité de la clause restreignant l'hypothèque à un seul immeuble indivis..... 313
822. — L'hypothèque restreinte demeure dispensée d'inscription..... 314
823. — De la restriction de l'hypothèque au cas de faillite du mari..... 314
824. — Du cas où le mari commerçant a fait des améliorations à ses immeubles propres. Controverse 315
825. — Exposé et adoption de l'opinion qui applique l'article 563..... 316
826. — Du cas où le mari commerçant, propriétaire par indivis, devient propriétaire de tout l'immeuble moyennant une soulte ou un prix de licitation. Controverse.. 317
827. — Exposé et adoption de l'opinion qui applique l'article 883, sauf le cas de fraude 318
828. — De l'échange avec soulte à payer par le mari..... 320
829. — Des immeubles aliénés avant la faillite 320

§ V. — *De la date à laquelle l'hypothèque légale de la femme mariée prend naissance.*

830. — Ancien droit 320
831. — Projet du Code civil. Rédaction définitive 322
832. — La règle relative à la date de l'hypothèque est d'ordre public..... 323
833. — Constitution d'une hypothèque conventionnelle au profit de la femme 323
834. — Diverses causes de créances prévues par l'article 2135..... 323
835. — Dot et conventions matrimoniales. Sens des mots « à compter du jour du mariage ». Controverse 324
836. — Exposé et adoption de l'opinion qui ne fait remonter l'hypothèque qu'au jour du mariage, et non du contrat de mariage..... 325
837. — Il importe peu que la dot ait été remise le jour du contrat de mariage..... 327
838. — Sens des mots « conventions matrimoniales »... 327
839. — Successions et donations échues à la femme 327
840. — Date de l'hypothèque, en ce qui concerne les successions..... 328

841. — Date de l'hypothèque, au cas de donations 329
842. — Paiement anticipé 330
843. — Dettes de la femme et remploi des propres aliénés. Ancien droit 330
844. — Projet de Code civil. Rédaction définitive 331
845. — Le contrat de mariage ne peut modifier cette date. 332
845 I. — Vente par la femme de biens destinés à acquitter une obligation contractée par les deux époux..... 332
846. — Ratification par la femme ou ses héritiers de la vente faite par le mari 333
847. — Faut-il que la créance de la femme ait acquis date certaine ? Controverse, et adoption de l'affirmative ... 334
848 — Du cas où il y a un commencement de preuve par écrit. Controverse..... 335
849. — Admission de la créance de la femme à la faillite du mari..... 336
850 — L'article 2135 est applicable sous tous les régimes matrimoniaux 337
851. — De la femme séparée de biens ou mariée sous le régime dotal 337
851 I. — Emprunt autorisé sur la dot et détourné par le mari de sa destination..... 339
852. — Du cas où le mari est mandataire de la femme ... 339
853. — Aliénation des biens dotaux de la femme. Controverse 340
854. — Exposé et adoption de l'opinion qui fixe comme date le jour du mariage 341
855. — Créance pour frais de la séparation de biens..... 343
856. — Créance pour frais de la séparation de corps ou du divorce 344
857. — De la pension alimentaire accordée à la femme... 345
858. — Du cas où la collocation de la femme a profité à un créancier subrogé..... 346

§ VI. — *Des modes d'extinction de l'hypothèque légale de la femme.*

859. — Modes d'extinction généraux. Renvoi..... 346
860. — De l'hypothèse où les reprises de la femme restent aux mains du mari en qualité d'usufruitier..... 347
860 I. — L'hypothèque ne s'éteint ni par la séparation de biens, ni par la séparation de corps..... 348

SECTION III

De l'hypothèque légale établie au profit de certaines personnes morales.

861. — Origine historique de l'hypothèque établie au profit de l'Etat, des communes et des établissements publics. 349
862. — Etendue de cette hypothèque..... 350
863. — Personnes morales qui en jouissent 351
864. — Des établissements publics. Distinction 352
865. — Etablissements ecclésiastiques..... 353
866. — Fonctionnaires dont les biens sont grevés de l'hypothèque légale 354
867. — Personnes déclarées comptables de fait des deniers publics... 354
868. — Des redevables de la régie des douanes 355

CHAPITRE II

DES HYPOTHÈQUES JUDICIAIRES.

869. — Origines historiques. Droit romain : *pignus prætorium* et *pignus ex causâ judicati captum* 357
870. — Ancien droit 358
871. — Droit intermédiaire 359
872. — Code civil..... 359
873. — Critiques contre l'hypothèque judiciaire. Vœu en faveur d'une réforme législative..... 361
874. — Division du chapitre 362

SECTION I

Des juridictions dont les actes emportent hypothèque.

875. — Principe général..... 363
876. — Il importe peu que le bénéficiaire du jugement soit un étranger..... 363
877. — Décisions émanant d'un tribunal étranger. Juridiction des consuls..... 363
878. — Dispositions dans les lois politiques ou les traités.. 364
879. — Conditions que doit remplir la décision étrangère. 365
880. — Rôle du tribunal français. Controverse. Opinion qui lui donne un pouvoir de révision absolu 365
881. — Opinion qui distingue suivant que la sentence a été rendue pour ou contre un Français..... 368
882. — Exposé et adoption de l'opinion qui ne donne au tribunal français que le droit d'apposer la formule exé-

cutoire, après vérification du jugement en la forme et au point de vue des règles du droit public français.... 369
883. — Des sentences arbitrales..... 371
884. — Des sentences arbitrales rendues à l'étranger.... 372
885. — Juridictions françaises d'exception. Prorogation de juridiction 372
886. — Juridictions administratives..... 373

SECTION II

Des jugements et actes auxquels l'hypothèque est attachée.

887. — Principe 374
888. — Contraintes administratives. Régie des douanes.. 375
889. — Contrainte des autres administrations. Controverse. Opinion qui y attache l'hypothèque..... ... 375
890. — Exposé et adoption de l'opinion qui la refuse..... 376
891. — Procès-verbaux de conciliation devant le juge de paix..... 378
892. — Actes judiciaires contenant soumission de cautions. 379
893. — Bordereau de collocation 380
894. — Jugements nommant un administrateur..... 380
895. — Jugements d'adjudication..... 381
896. — Exécutoire délivré à un notaire..... 382
897. — Jugements par défaut..... 383
898. — Jugements en premier ressort..... 384
899. — Jugements d'expédient ou placités 385
900. — Jugement rendu par un juge incompétent..... 386
901. — Le jugement n'emporte hypothèque que s'il constate une obligation 387
902. — Il suffit qu'il contienne le germe d'une obligation. Applications 388
903. — Jugements ordonnant la reddition d'un compte. Controverse..... 388
904. — Exposé et adoption de l'opinion qui y attache dans tous les cas l'hypothèque..... 389
905. — Jugements en matière de saisie-arrêt..... 390
906. — Jugements en matière de partage..... 392
907. — Jugements se bornant à prescrire des mesures d'instruction 393
908. — Il ne suffit pas, pour emporter hypothèque, qu'un jugement énonce une obligation 394
909 — Vérification des signatures d'un acte sous seing privé faite en jugement. Loi du 3 septembre 1807..... 394
910. — Critique de cette disposition..... 395

910 I. — La loi de 1807 doit être restreinte à l'hypothèse qu'elle prévoit. Application..... 396
911. — Il faut que l'acte dont les signatures sont reconnues soit valable..... 397
912. — L'hypothèque judiciaire naît de plein droit de la décision..... 397
913. — Le créancier peut y renoncer..... 398
914. — L'hypothèque judiciaire existe, même si le créancier avait un titre exécutoire..... 399

SECTION III

De l'étendue et des effets de l'hypothèque judiciaire.

915. — L'hypothèque judiciaire doit être inscrite..... 400
916. — Elle existe sur tous les biens présents et à venir du débiteur..... 401
917. — Forme de l'inscription. Comment elle peut être restreinte..... 401
918. — L'hypothèque n'existe que sur les biens devenus la propriété du débiteur..... 402
919. — L'hypothèque d'une créance contre le mari grève-t-elle les biens de la communauté? Hypothèse où la dette est née et le jugement rendu pendant le mariage. 403
920. — Hypothèse où la dette est née avant le mariage, et le jugement rendu pendant..... 404
921. — Hypothèse où la dette et la condamnation sont antérieures au mariage. Controverse. Ancien droit.... 405
922. — Opinion qui rejette l'hypothèque sur les immeubles de communauté, quant à la part de la femme..... 406
923. — Exposé et adoption de l'opinion qui admet l'hypothèque sur les immeubles attribués à la femme..... 407
924 — De l'hypothèque quant aux dettes de la femme... 408
925. — Des droits du créancier qui a un titre exécutoire et qui obtient un jugement..... 409
926. — L'hypothèque judiciaire garantit les accessoires de la créance..... 410
927. — De la faillite du débiteur..... 410
928. — L'hypothèque existe-t-elle sur les biens du domaine privé de la commune? Controverse, et exposé de la négative..... 410
929. — Exposé et adoption de l'affirmative..... 411
930. — L'hypothèque judiciaire peut être réduite, si elle est excessive. Renvoi..... 413

CHAPITRE III

DE L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE.

931. — Critiques élevées contre cette hypothèque..... 414
932. — Sa justification..... 415
933. — Division du chapitre..... 416

SECTION I

Des personnes qui peuvent consentir une hypothèque.

934. — Personnes qui peuvent constituer une hypothèque. 417
935. — Conditions requises chez le constituant..... 417
936. — Il doit être propriétaire 418
937. — Caractères de la nullité de l'hypothèque de l'immeuble d'autrui. Controverse. Exposé du système de la nullité absolue 418
938. — Exposé et adoption du système de la nullité relative..... 420
939. — Le constituant peut dans tous les cas se porter fort du propriétaire de l'immeuble hypothéqué..... 422
940. — De l'hypothèque consentie par l'héritier apparent. 424
941. — De l'hypothèque consentie par le prête-nom..... 424
942. — Des droits du preneur à bail..... 425
943. — Des droits de celui qui a un titre de propriété conditionnel, résoluble ou rescindable..... 426
944. — Du vendeur à réméré 426
945. — Exceptions au principe que la résolution du droit du constituant fait disparaître les hypothèques qu'il a consenties 427
946. — Abus de jouissance de l'usufruitier 428
947. — Contrat de vente portant quittance du prix 428
948. — Résolution judiciaire et résolution amiable..... 428
949. — Hypothèque de l'immeuble indivis..... 430
950. — Du partage de l'immeuble indivis..... 431
951. — Le créancier qui perd son droit de suite par l'effet du partage conserve-t-il du moins son droit de préférence? Controverse 431
952. — Remède aux inconvénients de l'effet déclaratif du partage 432
953. — Adjudication de l'immeuble indivis à un étranger, et partage postérieur à la licitation. Controverse sur les résultats de ce partage..... 433
954. — Exposé et adoption de l'opinion qui rejette, dans cette hypothèse, l'application de l'article 883..... 435

955. — Hypothèse où la licitation a lieu au profit du constituant 436
956. — Des immeubles appartenant à une société civile ou commerciale 437
957. — De l'hypothèque des biens à venir. Prohibitions de l'article 2129 438
958. — Exception de l'article 2130 438
959. — Critique de cette exception 439
960. — Vœu pour l'abrogation de l'article 2130 440
961. — Difficultés d'interprétation de ce texte. Opinion qui l'applique même si le débiteur n'a pas d'immeubles du tout 441
962. — Exposé et adoption de l'opinion qui exige qu'il ait des immeubles et qu'il les hypothèque 442
963. — Comment se fait la déclaration d'insuffisance et qui en est juge 444
964. — Du cas où le débiteur n'a comme biens présents que des biens indivis 445
965. — Une inscription générale n'est pas suffisante 445
966. — Le créancier ne peut poursuivre les biens à venir qu'après discussion des biens présents 447
967. — De la clause d'ameublissement 448
968. — Le constituant doit être capable d'aliéner l'immeuble qu'il hypothèque 448
969. — Des mineurs en tutelle 449
970. — Des mineurs soumis à la puissance paternelle ... 450
971. — De l'interdit judiciaire et de l'interdit légal 451
972. — De la personne pourvue d'un conseil judiciaire... 451
973. — De l'absent 451
974. — Du conjoint de l'absent 452
975. — De la femme mariée 453
976. — De la femme dotale 454
977. — Le consentement du mari, pas plus que celui du conseil judiciaire, n'a besoin d'être donné par acte notarié 454
978. — De la ratification de l'hypothèque constituée par un incapable. Théorie qui en fait remonter les effets au jour de l'acte constitutif 455
979. — Exposé et adoption de la théorie qui n'admet pas cette rétroactivité au préjudice des tiers 457
979 I. — Des créanciers postérieurs à la ratification..... 458
980. — L'hypothèque peut être constituée par mandataire. Renvoi 458

981. — Le débiteur peut hypothéquer les immeubles saisis. 458
982. — Du débiteur qui a fait abandon de ses biens à ses créanciers..... 459
983. — De la faillite du débiteur..... 460
984. — De la déconfiture. Lacune de notre législation.... 460
985. — De la prohibition d'hypothéquer..... 461
986. — De la prohibition d'aliéner..... 462
987. — Des biens du domaine privé des communes..... 463

SECTION II

Des formes extrinsèques de l'acte contenant constitution d'hypothèque.

988. — Nécessité de la forme authentique. Motifs..... 464
989. — La présence réelle du notaire en second ou des témoins n'est pas exigée, pas plus que la rédaction en minute..... 465
990. — Défaut d'enregistrement de l'acte dans les délais. 466
991. — L'obligation peut résulter d'un acte sous seing... 466
992. — De l'hypothèque constituée par mandataire..... 467
993. — Exception de la loi du 21 août 1893, en matière de sociétés commerciales..... 468
994. — De la forme de l'autorisation du mari ou du conseil judiciaire. Renvoi. Nullité relative de l'hypothèque constituée en vertu d'un mandat sous seing..... 469
995. — Dépôt chez un notaire de l'acte sous seing constitutif d'hypothèque..... 469
996. — Dépôt de l'acte par le créancier seul..... 470
997. — Reconnaissance en justice d'un acte sous seing privé..... 471
998. — L'hypothèque doit résulter complètement de l'acte authentique..... 471
999. — L'acte doit être reçu par un notaire..... 471
1000. — La constitution d'hypothèque doit être acceptée par le créancier..... 472
1001. — L'acceptation peut être faite par acte sous seing privé 473
1002. — Elle peut émaner d'un mandataire, mais non du notaire qui reçoit l'acte de constitution..... 474
1003. — Obligations civiles hypothécaires à ordre ou au porteur 475
1004. — L'hypothèque elle-même n'est pas transmissible à ordre ou au porteur..... 476
1005. — La nullité de forme de l'acte constitutif d'hypo-

thèque peut-elle être ratifiée? Controverse. Opinion qui admet la ratification, avec effet rétroactif même à l'égard des tiers..... 478
1006. — Opinion qui déclare toute ratification impossible. 478
1007. — Exposé et adoption d'une opinion qui admet la ratification pour l'acte constitutif, mais non pour l'inscription, qui ne pourra être confirmée..... 479
1008. — De la promesse de constituer hypothèque..... 480
1009. — De la promesse qui n'est réalisée qu'après la cessation de paiements du débiteur, ou dans les dix jours qui la précèdent..... 481
1010. — Hypothèque résultant d'actes administratifs.... 482
1011. — Hypothèque sur les navires..... 483
1012. — Des actes passés en pays étranger. Historique de l'article 2128..... 483
1013. — Critique de ce texte, et vœu en faveur d'une réforme législative. Loi belge..... 485
1014. — Dispositions contraires dans les lois politiques et les traités..... 487
1014 I. — De l'hypothèque sur les navires résultant d'actes passés à l'étranger..... 488

SECTION III

Des conditions intrinsèques de l'acte contenant constitution d'hypothèque.

1015. — Division du sujet 489

§ I. — *Des énonciations que doit contenir l'acte constitutif d'hypothèque.*

1016. — Principes 489
1017. — Article 2132. Détermination de la créance..... 490
1018. — Des créances conditionnelles et indéterminées... 490
1019. — Détermination des biens hypothéqués. Historique. 491
1020. — Droit intermédiaire. Code civil 492
1021. — Motifs de la détermination exigée par la loi..... 493
1022. — Sens de l'article 2132. Opinion qui se contente de l'indication de la situation des biens..... 493
1023. — Opinion qui exige que *chaque* immeuble soit déterminé dans sa situation et dans sa nature..... 494
1024. — Exposé et adoption de l'opinion qui se contente de l'indication générale de la nature des biens hypothéqués, accompagnée de leur situation..... 495

1025. — Des parcelles réunies en un domaine 497
1026. — Pouvoirs des juges du fait 497
1027. — Personnes qui peuvent se prévaloir de la nullité de l'hypothèque pour défaut d'indication spéciale des biens 498
1028. — Le vice de l'acte ne peut être couvert par l'inscription 498
1029. — Droits du créancier dont l'hypothèque est nulle pour défaut de spécialité 499

§ II. — *Des obligations que l'hypothèque peut garantir.*

1030. — Elle peut garantir toute espèce de créances 500
1031. — Du contrat d'ouverture de crédit. Validité de l'hypothèque 500
1032. — Rang de cette hypothèque. Opinion qui ne lui donne rang que du jour des avances 502
1033. — Exposé et adoption de l'opinion qui la classe au jour de l'ouverture de crédit 502
1034. — Des diverses modalités de l'ouverture de crédit. 503
1035. — Emploi du crédit ouvert 504
1036. — Preuve de la réalisation de l'ouverture de crédit. 505
1037. — L'hypothèque qui naît de ce contrat est unique. Conséquences 505

§ III. — *Des modalités de la constitution d'hypothèque.*

1038. — Liberté donnée aux parties d'y insérer telles conditions que bon leur semble. Exception de l'article 742 du Code de procédure 506
1039. — Ce texte doit être interprété limitativement. Conséquences 506

FIN DE LA TABLE PAR ORDRE DE MATIÈRES

TABLE

DES ARTICLES DU CODE CIVIL ET DES LOIS EXPLIQUÉS.

TABLE DES ARTICLES DU CODE CIVIL.

Art. du Code.	Nos du Traité.	Pages.
171	754	253
201	753	253
202	753	253
301	773-857	269-345
457-458	969	449
767	776	272
883	826-827, 950-956	317-318, 431-437
1017	691	203
1020	934	417
1120	939	422
1184	948	428
1278	788	283
1315	760	257
1338	978-979	455-457
1339	1007	479
1395	818	310
1404	835	324
1421	799-802	294-296
1431	778-779, 849	273-274, 336
1446	806	299
1449	975	453
1451	860 I	348
1470	805	298
1471	805	298
1481	772	267
1483	797	292
1507-1508	967	448

TABLE DES ARTICLES DU CODE CIVIL EXPLIQUÉS (Suite).

Art. du Code.	Nos du traité.	Pages.
1531.	759	256
1536.	759	256
1540.	757	255
1554.	976	454
1558.	976	454
1570.	772	267
2032.	779	274
2037.	934.	417
2077.	934.	417
2098.	553-604.	89-126
2101.	449-460, 772.	1-10, 267
2103.	460 1-549.	11-86
2105.	454-460	4-10
2113.	690	203
2114.	630-643	151-162
2115.	645-679	163-194
2116.	680-682	194-195
2117.	680-682, 869-887	194-195, 357-374
2118.	645-679	163-194
2119.	646	166
2120.	550-552	87-88
2121.	683-686, 695-699, 702-789, 849	196-200, 207-210, 213-285, 336
2121.	861-868	349-355
2122.	789-808	285-301
2123.	869-929	357-411
2124.	934-942, 968-986	417-425, 448-462
2125.	943-950.	426-431
2126.	969-988.	449-464
2127.	977, 988-1011.	454, 464-483
2128.	1011-1014 1.	483-488
2129.	957-958, 1000, 1022, 1023-1029	438, 472, 493, 494-499
2130.	959-967.	439-448
2132.	1015-1023, 1030-1038 . . .	489-494, 500-506
2133.	491.	38
2135.	706-707, 713, 718, 719, 725, 739, 740, 749, 757-774, 777-778, 780-785, 830-858.	216-217, 221, 226, 227, 232, 242, 243, 250, 255-270, 273, 275-280, 320-346

TABLE DES ARTICLES DU CODE CIVIL EXPLIQUÉS (Suite).

Art. du Code.	N^os du traité.	Pages.
2140.	700, 733, 734, 738, 809-829	211, 239, 241, 303-320
2141.	700, 718, 719, 732-737	211, 226, 227, 238-241
2142.	735	240
2143.	700, 718, 719, 732, 733	211, 226, 227, 238, 239
2144.	820	313
2145.	700-733	211-239
2148.	1004.	476
2151.	763, 787 I	261, 282
2194.	740, 835-837	243, 324-327
2195.	725, 835-837	232, 324-327

TABLE

DES LOIS EXPLIQUÉES.

Lois.	Nos du traité.	Pages.
Loi du 5 novembre 1790 . .	1010.	482
Décret du 5 août 1791. . . .	580.	109
Loi des 6-22 août 1791 . . .	558-565, 686, 868, 890.	92-97, 200, 355-376
Loi du 4 mars 1793.	1010.	482
Décret du 26 pluviôse an II.	610-615	133-139
Loi du 4 germinal an II. . .	558-565	92-97
Loi du 9 messidor an III . .	704-748, 871. . . .	215-249, 359
Loi du 11 brumaire an VII.	454-455, 684-686, 704-708, 748, 871, 872-909, 1020.	4-6, 197-200, 215-218, 249, 359, 359-394, 492
Loi du 22 frimaire an VII. .	570-574	101-104
Loi du 29 floréal an X . . .	886	373
Loi du 30 ventôse an XII. .	686	200
Loi du 25 nivôse an XIII. .	606-608	129-131
Décret du 1er germinal an XIII	566-569.	97-100
Décret du 12 décembre 1806.	618-621	142-144
Décret du 3 septembre 1807.	909-910	394-395
Loi du 5 septembre 1807 . .	566-569, 586-604, 866	97-100, 113-126 354
Loi du 16 septembre 1807. .	622-623	145-146
Loi du 12 novembre 1808. .	575-584	105-111
Loi du 21 avril 1810.	624-625, 653-654. .	147, 172-173
Décret du 15 novembre 1811.	864	352
Décret du 22 décembre 1812.	608-609	131-132
Loi du 28 avril 1816.	558-565, 585.	92-97, 112
Loi du 5 juin 1835.	864.	352
Loi du 30 juin 1838.	711-894	219-380
Loi du 15 juillet 1845	659-660	177-178

Loi des 22-30 juin 1851 . . .	864	352
Loi du 28 février 1852. . . .	628	149
Loi du 17 juillet 1856	626-627	148
Loi du 28 mai 1858.	629	150
Loi du 5 août 1881	896	382
Loi du 4 mars 1889.	687-689	200-202
Loi du 24 juillet 1889	721	230
Loi du 28 juillet 1889	721, 886.	230, 373
Loi du 9 mars 1891.	776	272
Loi du 25 juillet 1891	616	140
Loi du 19 décembre 1892 . .	617	141
Décret du 27 mars 1893. . .	865	353
Décret du 17 juin 1893 . . .	787 I.	282

Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

FIN DE LA TABLE DES ARTICLES ET DES LOIS EXPLIQUÉS.

CHAUMONT. — Typographie et Lithographie CAVANIOL.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

a39003 008595901b

DATE DUE

CAT. NO. 1137			